This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 204 087

Lehrbuch

des

Bürgerlichen Rechts

Digitized by Google

Verlag von Speyer & Peters, Berlin N.W. 7.

Das

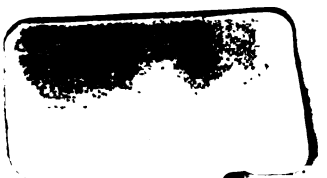
HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ERNST LANDSBERG

Received July 15, 1932



Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Das Bürgerliche Recht

des

Deutschen Reichs.

Von

Dr. Ed. Heilfron,

Amtsrichter.

I. Teil.

Geschichte des Bürgerlichen Rechts.

I. Abteilung: **Römische Rechtsgeschichte. Civilprozeß. Konkurs.**

II. Abteilung: **Deutsche Rechtsgeschichte. Staatsrecht. Kirchenrecht.**

II. Teil.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Berlin.

Speyer & Peters.

Buchhandlung für Universitäts-Wissenschaften.

43 Unter den Linden 43.

1900.

Digitized by Google

Land. d.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts

auf der Grundlage

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Dr. Ed. Heilfron,

Amtsrichter.

II. Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse und Handelsrecht.

Berlin.
Speyer & Peters.
Buchhandlung für Universitäts-Wissenschaften.
48 Unter den Linden 48.
1900.

Digitized by Google

For IX
H 466
auf 2

JULY 15 - 1937

Digitized by Google

Verzeichnis

der infolge der Neuauflagen abzuändernden Verweisungen auf S. 1—373.

Es muß lauten die Verweisung:

S. 2, Z. 17 v. u. I, 216[1].
„ 2, „ 1 „ „ II, 580[2] u. V, 579.
„ 3, „ 5 v. o. III, 88.
„ 3, „ 7 v. u. II, 507[5].
„ 3, „ 1 „ „ I, 216.
„ 4, „ 1 v. o. III, 95.
„ 4, „ 10 „ „ II, 485[1].
„ 5, „ 12 v. u. II, 495.
„ 5, „ 10 „ „ II, 466.
„ 5, „ 10 „ „ III, 546.
„ 6, „ 2 v. o. II, 501.
„ 6, „ 3 „ „ III, 503.
„ 6, „ 5 „ „ II, 495.
„ 6, „ 18 „ „ II, 566 u. V, 474.
„ 6, „ 20 „ „ I, 283.
„ 6, „ 22 „ „ II, 538.
„ 6, „ 23 „ „ II, 563[4] u. V, 422.
„ 6, „ 1 v. u. III, 501[4].
„ 7, „ 6 v. o. III, 275[1] u. V, 697.
„ 7, „ 19 v. u. III, 431.
„ 8, „ 3 v. o. I, 170[5].
„ 8, „ 1 v. u. I, 268.
„ 9, „ 4 „ „ I, 330.

S. 9, Z. 1 v. u. II, 513[10] u. S. 692.
„ 10, „ 13 v. o. III, 666[7].
„ 10, „ 14 „ „ I, 635.
„ 10, „ 12 v. u. II, 511[8].
„ 10, „ 12 „ „ II, 513[10].
„ 10, „ 11 „ „ II, 513.
„ 10, „ 11 „ „ II, 515[12].
„ 10, „ 7 „ „ II, 674 ff.
„ 10, „ 6 „ „ II, 718 ff.
„ 10, „ 5 „ „ II, 766[9].
„ 10, „ 4 „ „ II, 741.
„ 11, „ 15 v. o. I, 524.
„ 11, „ 1 v. u. I, 597.
„ 12, „ 16 „ „ I, 88.
„ 12, „ 5 „ „ II, 485[1] u. V, 15.
„ 13, „ 2 v. o. III, 627.
„ 13, „ 10 v. u. III, 340.
„ 13, „ 9 „ „ III, 277.
„ 15, „ 2 v. o. III, 350.
„ 15, „ 16 v. u. III, 526.
„ 16, „ 9 „ „ II, 503 u. S. 410.
„ 20, „ 16 „ „ I, 295.
„ 20, „ 16 „ „ III, 660[1].
„ 21, „ 15 v. o. III, 526.

S. 21, Z. 20 v. u. I, 284[3].
„ 22, „ 17 v. o. II, 502 u. S. 388.
„ 25, „ 20 v. u. III, 387.
„ 26, „ 8 v. o. II, 633.
„ 27, „ 9 „ „ III, 375.
„ 28, „ 9 „ „ III, 90.
„ 31, „ 12 v. u. I, 673.
„ 31, „ 9 „ „ I, 673[6].
„ 32, „ 2 „ „ I, 302[11].
„ 34, „ 10 v. o. III, 43.
„ 34, „ 10 „ „ III, 478.
„ 34, „ 20 v. u. I, 286[5].
„ 34, „ 17 „ „ I, 280.
„ 34, „ 15 „ „ I, 187.
„ 34, „ 11 „ „ I, 282.
„ 34, „ 4 „ „ I, 297.
„ 34, „ 3 „ „ I, 287[5].
„ 35, „ 18 „ „ I, 296[2].
„ 36, „ 21 „ „ I, 296.
„ 36, „ 12 „ „ III, 533.
„ 36, „ 2 „ „ I, 381[10].
„ 37, „ 14 v. o. III, 88[3].
„ 37, „ 10 v. u. III, 660[1].
„ 38, „ 12 v. o. III, 303.
„ 41, „ 19 „ „ II, 572.
„ 42, „ 2 „ „ II, 626[2].

Digitized by Google

S. 42, Z. 3 v. o. II, 575[10].
- 42, - 9 - - III, 304.
- 42, - 11 - - III, 302.
- 42, - 11 v. u. I, 46[1].
- 42, - 3 - - II, 601[2] u. V. 678[2].
- 43, - 5 v. o. I, 287[5].
- 43, - 14 v. u. III, 468[17].
- 43, - 8 - - II, 416.
- 44, - 6 v. o. III, 638[4].
- 44, - 1 v. u. I, 527[13].
- 45, - 20 - - II, 506.
- 46, - 10 v. o. II, 505 ff.
- 46, - 10 - - III, 488[6].
- 46, - 1 v. u. II, 601[2] u. V, 678[2].
- 47, - 8 v. o. II, 507[5].
- 47, - 17 - - III, 488.
- 48, - 13 - - II, 388.
- 48, - 8 v. u. III, 284.
- 48, - 6 - - III, 566[4].
- 49, - 4 - - II, 575[11].
- 51, - 2 - - II, 503.
- 52, - 5 v. o. II, 510.
- 52, - 18 - - II, 511[8].
- 53, - 2 - - II, 529.
- 53, - 3 - - II, 537 u. V, 275.
- 53, - 4 - - III, 666[7] u. V, 255.
- 54, - 6 v. u. I, 255.
- 57, - 16 - - II, 511.
- 58, - 14 - - II, 529.
- 58, - 8 - - III, 666[7].
- 58, - 6 - - II, 537[17] u. V, 277.
- 58, - 5 - - III, 580.
- 58, - 5 - - III, 435.
- 58, - 3 - - I, 540[9].
- 59, - 18 - - II, 511[9].
- 59, - 15 - - II, 512[10].
- 60, - 5 v. o. II, 515[11].
- 60, - 6 - - II, 66[11].
- 64, - 16 - - II, 475[10], 626[2].
- 67, - 19 v. u. III, 244.
- 68, - 8 v. o. II, 516[12].
- 68, - 14 v. u. I, 324[9].

S. 69, Z. 1 v. o. II, 516[14].
- 71, - 18 - - I, 413.
- 72, - 26 v. u. I, 381[16].
- 73, - 7 v. o. I, 292[13].
- 75, - 1 v. u. I, 598.
- 76, - 3 v. o. III, 280.
- 77, - 24 v. u. I, 618[2].
- 78, - 6 v. o. I, 598.
- 78, - 17 v. u. I, 403[15].
- 82, - 2 - - III, 502[5].
- 83, - 9 v. o. III, 595.
- 83, - 18 v. u. I, 210.
- 83, - 5 - - I, 211.
- 84, - 13 v. o. III, 448.
- 88, - 5 - - III, 71.
- 88, - 11 v. u. III, 351.
- 91, - 3 v. o. I, 206.
- 91, - 9 - - I, 228[12].
- 91, - 21 v. u. I, 292[14].
- 91, - 15 - - I, 532.
- 92, - 4 v. o. I, 299[10].
- 92, - 17 - - I, 182.
- 92, - 20 - - III, 539[5].
- 93, - 6 - - III, 540.
- 93, - 11 v. u. III, 539[5].
- 93, - 7 - - III, 599.
- 93, - 1 - - III, 604[6].
- 94, - 15 v. o. III, 590.
- 95, - 21 v. u. III, 387.
- 95, - 13 - - II, 416.
- 96, - 5 v. o. III, 533.
- 96, - 13 - - III, 630.
- 97, - 22 v. u. II, 425.
- 98, - 2 - - II, 628[2].
- 100, - 10 - - III, 373.
- 101, - 12 v. o. I, 109.
- 104, - 2 - - I, 673[3].
- 104, - 23 v. u. I, 298.
- 104, - 19 - - I, 278[1].
- 105, - 8 - - III, 606.
- 105, - 4 - - II, 741, 754[3].
- 112, - 9 v. o. III, 436.
- 119, - 19 v. u. III, 327.
- 119, - 3 - - III, 437[2].
- 119, - 1 - - III, 444.
- 120, - 3 - - III, 327.
- 124, - 16 v. o. II, 512[10].

S. 124, Z. 3 v. u. II, 512[10].
- 127, - 17 - - II, 513[13].
- 130, - 8 - - III, 327.
- 131, - 13 v. o. I, 257.
- 131, - 4 v. u. I, 257.
- 138, - 5 - - I, 142.
- 140, - 8 v. o. I, 276[1].
- 140, - 21 v. u. III, 477[6].
- 141, - 1 - - III, 198.
- 155, - 13 v. o. I, 28.
- 155, - 18 - - I, 183[3].
- 155, - 14 v. u. I, 538.
- 155, - 10 - - I, 549.
- 155, - 7 - - I, 532.
- 157, - 7 v. o. III, 350.
- 157, - 15 - - I, 532.
- 157, - 16 - - I, 533[3].
- 157, - 7 v. u. II, 485[1].
- 158, - 7 v. o. I, 270.
- 159, - 19 v. u. I, 614[1].
- 160, - 6 v. o. II, 511[9].
- 160, - 13 - - I, 618[2].
- 161, - 5 - - I, 553.
- 161, - 20 - - II, 735[2].
- 162, - 14 - - III, 666.
- 164, - 12 - - I, 286.
- 164, - 19 - - I, 296.
- 165, - 14 - - I, 324[10].
- 167, - 5 - - III, 677.
- 167, - 9 - - I, 299[10].
- 167, - 17 v. u. III, 642.
- 168, - 1 - - II, 580[2].
- 169, - 19 v. o. I, 537.
- 169, - 21 - - II, 601[2] u. V, 657.
- 170, - 12 - - I, 640.
- 170, - 15 v. u. I, 169.
- 171, - 8 v. o. III, 547.
- 171, - 8 - - I, 142.
- 171, - 13 - - III, 147[3].
- 171, - 7 v. u. III, 655.
- 172, - 10 v. o. I, 88.
- 173, - 7 - - II, 508.
- 173, - 11 v. u. III, 656[3].
- 176, - 12 v. o. III, 192.
- 176, - 21 - - III, 500.
- 176, - 13 v. u. III, 388 u. 499[1].

Digitized by Google

S. 178, Z. 9 v. o. II, 545[2].
" 178, " 18 " " II, 485[1].
" 179, " 10 " " III, 394.
" 179, " 13 " " III, 398.
" 179, " 13 v. u. III, 400.
" 180, " 5 v. o. III, 402[10].
" 180, " 16 v. u. I, 170.
" 180, " 15 " " II, 496.
" 181, " 22 " " I, 164.
" 181, " 20 " " I, 88.
" 182, " 4 v. o. I, 168.
" 182, " 18 v. u. I, 111[6].
" 182, " 11 " " I, 142.
" 183, " 22 " " III, 552.
" 183, " 22 " " II, 466.
" 183, " 11 " " III, 423.
" 183, " 3 " " I, 239.
" 185, " 1 v. o. III, 398.
" 185, " 18 " " I, 296.
" 186, " 5 v. u. I, 140.
" 187, " 2 v. o. I, 286.
" 189, " 4 " " I, 286[5].
" 189, " 7 v. u. III, 234.
" 190, " 19 " " I, 635.
" 190, " 10 " " I, 255.
" 193, " 15 " " I, 287.
" 194, " 17 v. o. I, 280.
" 196, " 16 " " II, 496.
" 196, " 19 " " II, 496.
" 196, " 10 v. u. III, 469 ff.
" 199, " 2 v. o. III, 416[3].
" 199, " 13 v. u. III, 494.
" 200, " 11 v. o. III, 496[8].
" 200, " 7 v. u. III, 309.
" 200, " 1 " " III, 310, 313.
" 201, " 2 v. o. III, 481, 487.
" 201, " 1 v. u. I, 574.
" 202, " 15 v. o. II, 757[2].
" 202, " 4 v. u. I, 541.
" 202, " 4 " " II, 490[2].
" 203, " 3 " " III, 478.
" 204, " 10 " " I, 258[9].
" 205, " 6 v. o. I, 187[6].
" 206, " 2 v. u. I, 281.
" 209, " 11 " " I, 423.
" 210, " 14 v. o. I, 280[3].

S. 210, Z. 17 v. u. I, 217[3].
" 210, " 6 " " I, 296.
" 211, " 9 v. o. I, 547.
" 212, " 14 " " I, 286[4].
" 212, " 10 v. u. I, 286[4].
" 213, " 4 v. o. III, 491[4].
" 213, " 1 v. u. III, 408[4].
" 217, " 5 v. o. II, 466.
" 217, " 1 v. u. III, 548.
" 218, " 13 v. o. II, 633.
" 222, " 1 " " II, 499 u. 586.
" 224, " 1 v. u. I, 533[3].
" 224, " 1 " " II, 499.
" 225, " 1 v. o. III, 88.
" 225, " 5 " " III, 499.
" 225, " 10 v. u. III, 136.
" 225, " 1 " " III, 482.
" 228, " 11 v. o. III, 488.
" 228, " 19 v. u. III, 483[2].
" 231, " 10 " " III, 483[2].
" 233, " 15 v. o. I, 67[5].
" 233, " 18 v. u. III, 620.
" 233, " 7 " " III, 520.
" 236, " 17 " " III, 387.
" 237, " 7 v. o. III, 533.
" 240, " 20 v. u. I, 164.
" 241, " 1 v. o. III, 533.
" 241, " 2 " " III, 541.
" 241, " 4 " " III, 654.
" 241, " 24 v. u. III, 469.
" 241, " 15 " " II, 735[2].
" 242, " 16 v. o. I, 298.
" 242, " 12 v. u. III, 667.
" 243, " 14 v. o. I, 217[3].
" 243, " 6 v. u. I, 268[4].
" 243, " 2 " " I, 299[10].
" 244, " 14 " " I, 515[2].
" 244, " 6 " " I, 296.
" 249, " 5 " " III, 401.
" 253, " 9 " " I, 129.
" 255, " 2 " " III, 345[3], 364[1].
" 256, " 9 v. o. III, 546.
" 256, " 7 v. u. II, 556, 590 u. V, 191, 320.
" 257, " 8 v. o. III, 559.
" 257, " 13 " " III, 586.

S. 258, Z. 11 v. u. III, 448.
" 262, " 14 v. o. III, 465.
" 263, " 2 " " III, 568[6].
" 266, " 8 " " I, 238.
" 272, " 2 " " I, 228.
" 272, " 9 " " I, 653.
" 272, " 15 " " I, 286[8].
" 272, " 15 v. u. I, 296.
" 272, " 14 " " I, 297.
" 272, " 5 " " I, 280.
" 274, " 1 " " II, 468[8].
" 275, " 19 v. o. I, 621.
" 275, " 7 v. u. I, 634[14].
" 280, " 11 " " III, 525[2].
" 281, " 15 " " I, 501.
" 282, " 19 " " III, 197.
" 283, " 5 " " III, 512.
" 285, " 4 " " I, 302[2].
" 286, " 10 v. o. I, 322[6].
" 286, " 24 v. u. III, 387.
" 287, " 14 " " I, 219.
" 288, " 10 v. o. I, 551.
" 296, " 13 " " III, 448.
" 296, " 1 v. u. I, 673.
" 297, " 3 v. o. III, 398.
" 297, " 24 v. u. III, 401.
" 298, " 4 v. o. III, 512.
" 298, " 17 v. u. III, 495.
" 299, " 4 " " III, 99.
" 300, " 10 " " I, 239.
" 301, " 13 " " I, 299.
" 301, " 3 " " I, 288.
" 303, " 15 v. o. II, 382.
" 304, " 17 " " III, 448.
" 305, " 2 " " III, 403[11].
" 305, " 4 " " III, 402[10].
" 305, " 20 v. u. III, 402[10].
" 305, " 11 " " III, 422.
" 305, " 6 " " I, 282[16].
" 306, " 6 v. o. III, 401.
" 307, " 12 v. u. II, 383.
" 307, " 8 " " III, 458[10].
" 308, " 21 " " III, 495.
" 312, " 18 " " II, 545[2].
" 313, " 3 " " III, 210.
" 315, " 9 v. o. III, 465.
" 316, " 22 v. u. I, 588.
" 316, " 11 " " III, 244.

Digitized by Google

S. 316, Z 10 v. u. II, 648.
„ 316, „ 10 „ „ II, 640.
„ 318, „ 16 v. o. III, 486.
„ 318, „ 18 v. u. III, 487.
„ 320, „ 4 v. o. I, 324[9].
„ 323, „ 3 v. u. I, 326[14].
„ 324, „ 14 v. o. II, 506.
„ 324, „ 17 „ „ II, 463[6].
„ 324, „ 22 „ „ I, 242[3].
„ 324, „ 7 v. u. III, 556.
„ 325, „ 19 „ „ II, 718.
S. 325, Z. 19 v. u. III, 553[9].
„ 326, „ 10 v. o. I, 237[3].
„ 326, „ 10 „ „ III. 419[8].
„ 328, „ 13 „ „ III, 199[4].
„ 331, „ 3 „ „ I, 236.
„ 333, „ 4 „ „ I, 237[3].
„ 336, „ 13 v. u. III, 423.
„ 338, „ 8 v. o. III, 98.
„ 345, „ 10 „ „ II, 559 u. V, 125[10].
„ 349, „ 8 v. o. III, 449.
S. 349, Z. 10 v. u. I, 588.
„ 350, „ 15 v. o. II, 735[3].
„ 350, „ 3 v. u. III, 93[7].
„ 354, „ 7 v. o. II, 468[8].
„ 355, „ 8 „ „ I, 299.
„ 360, „ 16 „ „ III, 548.
„ 362, „ 3 „ „ II, 741.
„ 363, „ 8 v. u. I, 249.
„ 364, „ 19 „ „ I, 220.
„ 364, „ 12 „ „ I, 212.

Berichtigungen.

S. 100: Z. 14 v. o. statt dann: daun.
S. 282: Z. 11 v. o. statt oben: unten.
S. 414: Anm. 11 letzte Z. statt mit: auf.
S. 534: Z. 14 v. o. statt S. 94[2]: S. 94.
S. 594: Z. 4 v. o. statt S. 206: S. 606.
S. 605: Anm. 19 Z. 2 v. o. statt mir: nur.
S. 748: Z. 24 v. o. statt S. 709: S. 749.

Digitized by Google

Vorwort.

Die Vollendung des vorliegenden Bandes hat sich zu meinem Bedauern und sehr gegen meine ursprüngliche Absicht stark verzögert. Es erwies sich aber als unumgängliche Notwendigkeit, die rechtsgeschichtlichen Teile des Werkes und den Allgemeinen Teil des Lehrbuchs der neuen Gesetzgebung entsprechend umzugestalten. Diese Arbeit, die wie ich hoffe, auch die Brauchbarkeit dieses Bandes erhöht hat, ist nunmehr vollendet. Sämtliche Abteilungen liegen in neuen Auflagen vor, und da auch das Sachenrecht soeben erschienen ist, werden sich der beschleunigten Fertigstellung des Schlußbandes (Familien- und Erbrecht) keine weiteren Schwierigkeiten mehr entgegenstellen.

Bei der Bearbeitung des II. Buchs des BGB. ist das mit dem Rechte der Schuldverhältnisse in engstem Zusammenhange stehende Handelsrecht gegebenen Orts dargestellt. Dem bisher befolgten Grundsatze, von Litteraturangaben abzusehen, bin ich nach wiederholter Erwägung treu geblieben. Litteraturverweisungen stören, wenn sie auch nur einigermaßen vollständig sein sollen, die Übersicht bei einem Werke, das nicht zum gelegentlichen Nachschlagen, sondern zum Durcharbeiten bestimmt ist. Jeder meiner Leser weiß, daß er Litteraturangaben in den Lehrbüchern des Bürgerlichen Rechts von Endemann, Cosack, Matthiaß, im Kommentare zum BGB. Buch II von Oertmann, Buch III von Biermann, und, soweit Handelsrecht in Frage kommt, in dem Lehrbuche des Handelsrechts von Cosack sowie in dem Kommentare zum HGB. von Staub zu suchen hat.

Digitized by Google

Die Bearbeitung der Wertpapiere (§§ 165—168) rührt vom Gerichtsassessor Georg Pick in Berlin her; bei der Drucklegung stand mir wiederum Referendar Ernst Meene in Gr.-Lichterfelde zur Seite. Beiden Herren spreche ich meinen verbindlichsten Dank aus, ebenso den zahlreichen freiwilligen Mitarbeitern, die mich fortlaufend durch berichtigende und anregende Zuschriften erfreuen.

Nauen, 4. Juni 1900.

Heilfron.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel: Verpflichtung zur Leistung (BGB. §§ 241—292).
Zweiter Titel: Verzug des Gläubigers (BGB. §§ 293—304).

I. Kapitel. Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse. Seite

§ 66. Begriff des Schuldverhältnisses 1
§ 67. Die Entstehung der Schuldverhältnisse 8

II. Kapitel. Gegenstand der Schuldverhältnisse.

§ 68. Die Gegenstände der Schuldverhältnisse überhaupt . . . 11
§ 69. Gattungsschuld 13
§ 70. Wahlschuld 20
§ 71. Teilbarkeit der Leistung 27

III. Kapitel. Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Art und Umfang der Leistung.

§ 72. Übersicht. Leistung nach Treu und Glauben 33
§ 73. Zinsen 37
§ 74. Schadensersatz 51
§ 75. Rechnungslegung. Auskunftserteilung. Offenbarungseid 74
§ 76. Leistung durch einen Dritten 79

II. Ort und Zeit der Leistung.

§ 77. Örtliche Beziehungen der Schuldverhältnisse 82
§ 78. Zeitliche Beziehungen der Schuldverhältnisse 92

Digitized by Google

III. Unmöglichkeit der Leistung.

Seite
§ 79. Unmöglichkeit. Allgemeines 105
§ 80. Verschulden und Zufall 110
§ 81. Umfang der Vertretungspflicht des Schuldners 119

IV. Verzug.

§ 82. Verzug des Schuldners 138
§ 83. Verzug des Gläubigers 149

V. Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse.

§ 84. Geltendmachung der Forderung 155
§ 85. Das Zurückbehaltungsrecht 162
§ 86. Natürliche Verbindlichkeiten 169

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel: Begründung. Inhalt des Vertrags (BGB. §§ 305—319).

§ 87. Der Schuldvertrag. Allgemeines 174
§ 88. Begründung des Schuldvertrags 180
§ 89. Inhalt des Schuldvertrags 197

Zweiter Titel: Gegenseitiger Vertrag (BGB. §§ 320—327).

§ 90. Gegenseitiger Vertrag 207

Dritter Titel: Versprechen der Leistung an einen Dritten (BGB. §§ 328—335).

§ 91. Verträge zu Gunsten eines Dritten 216

Vierter Titel: Draufgabe. Vertragsstrafe (BGB. §§ 336—345).

§ 92. Draufgabe 221
§ 93. Vertragsstrafe 224

Fünfter Titel: Rücktritt (BGB. §§ 346—361).

§ 94. Rücktritt 232

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 95. Erlöschen. Allgemeines 239
§ 96. Die Novation 243

Digitized by Google

Erster Titel: Erfüllung (BGB. §§ 362—371). Seite

§ 97. Erfüllung 252

Zweiter Titel: Hinterlegung (BGB. §§ 372—386).

§ 98. Hinterlegung 263

Dritter Titel: Aufrechnung (BGB. §§ 387—396).

§ 99. Die Aufrechnung 271

Vierter Titel: Erlaß (BGB. § 397).

§ 100. Erlaß 296

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung (BGB. §§ 398—413).

§ 101. Forderungsübergang 299
§ 102. Übertragbarkeit der Forderungen 314
§ 103. Wirkungen des Forderungsübergangs 324

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme (BGB. §§ 414—419).

§ 104. Schuldübernahme 339

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (BGB. §§ 420—432).

§ 105. Beteiligung Mehrerer an einem Schuldverhältnisse . 352
§ 106. Mehrheit von Schuldnern 359
§ 107. Mehrheit von Gläubigern 368

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel: Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften (BGB. §§ 433—458).

§ 108. Begriff des Kaufvertrags 374
§ 109. Abschluß des Kaufvertrags 385
§ 110. Pflichten des Verkäufers 396
§ 111. Pflichten des Käufers 405

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache (BGB. §§ 459—493).

§ 112. Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers 408
§ 113. Wandelung und Minderung 416

Digitized by Google

Seite

§ 114. Gewährleistung in besonderen Fällen 423
§ 115. III. Besondere Arten des Kaufs (BGB. §§ 494—514) 430
§ 116. IV. Tausch (BGB. § 515) 439

Zweiter Titel: Schenkung (BGB. §§ 516—534).

§ 117. Schenkung 440

Dritter Titel: Miete. Pacht (BGB. §§ 535—597).

I. Miete.

§ 118. Miete. Allgemeines 460
§ 119. Verpflichtungen des Vermieters 466
§ 120. Verpflichtungen des Mieters 474
§ 121. Gesetzliches Pfandrecht des Grundstücksvermieters . . 484
§ 122. Beendigung des Mietverhältnisses 491
§ 123. Kauf bricht nicht Miete 496
§ 124. II. Pacht 503

Vierter Titel: Leihe (BGB. §§ 598—606).

§ 125. Die Leihe 513

Fünfter Titel: Darlehen (BGB. §§ 607—610).

§ 126. Begriff des Darlehens 519
§ 127. Darlehnsfähigkeit 526
§ 128. Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag 530
§ 129. Besondere Arten des Darlehens 538

Sechster Titel: Dienstvertrag (BGB. §§ 611—630).

§ 130. Dienstverträge. Übersicht 546
§ 131. Die Dienstverträge des BGB. 550
§ 132. Die Dienstverträge des Handelsrechts 562
§ 133. Die Dienstverträge des Gewerberechts 576
§ 134. Der Gesindedienstvertrag 584
§ 135. Der Staatsdienst 589

Siebenter Titel: Werkvertrag (BGB. §§ 631—651).

§ 136. Der Werkvertrag 611
§ 137. Das Kommissionsgeschäft 625
§ 138. Die Beförderungsgeschäfte 632

Achter Titel: Mäklervertrag (BGB. §§ 652—656).

§ 139. Der Mäklervertrag nach BGB. 655
§ 140. Die Handelsmäkler 659

Digitized by Google

Seite

Neunter Titel: Auslobung (BGB. §§ 657—661).

§ 141. Die Auslobung 662

Zehnter Titel: Auftrag (BGB. §§ 662—676).

§ 142. Der Auftrag 665

Elfter Titel: Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 677—687).

§ 143. Geschäftsführung ohne Auftrag 674

Zwölfter Titel: Verwahrung (BGB. §§ 688—700).

§ 144. Der Verwahrungsvertrag nach BGB. 679
§ 145. Handelsrechtliche Verwahrungsgeschäfte 686

Dreizehnter Titel: Einbringung von Sachen bei Gastwirten (BGB. §§ 701—704).

§ 146. Der Beherbergungsvertrag 692

Vierzehnter Titel: Gesellschaft (BGB. §§ 705—740).

§ 147. Die Gesellschaften des BGB. Allgemeines 695
§ 148. Die Gesellschaften des BGB. Rechtsverhältnisse . . 700
§ 149. Die Gesellschaften des Handelsrechts 714

Fünfzehnter Titel: Gemeinschaft (BGB. §§ 741—758).

§ 150. Die Gemeinschaft 769

Sechzehnter Titel: Leibrente (BGB. §§ 759—761).

§ 151. Die Leibrente 776

Siebzehnter Titel: Spiel. Wette (BGB. §§ 762—764).

§ 152. Spiel und Wette 779
§ 153. Lotterie- und Ausspielvertrag 784
§ 154. Das Differenzgeschäft 788

Anhang zum Siebzehnten Titel.

§ 155. Versicherungswesen 791
§ 156. Börsenwesen 801

Achtzehnter Titel: Bürgschaft (BGB. §§ 765—778).

§ 157. Bürgschaft. Allgemeines 816
§ 158. Bürgschaft. Arten 820

Digitized by Google

Seite

§ 159. Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger . . 826
§ 160. Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner 833

Neunzehnter Titel: Vergleich (BGB. § 779).

§ 161. Der Vergleich 835

Zwanzigster Titel: Schuldversprechen Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780—782).

§ 162. Abstrakte Schuldverträge 839

Einundzwanzigster Titel: Anweisung (BGB. §§ 783—792).

§ 163. Die Anweisung des BGB. 846
§ 164. Die Anweisungen des Handelsverkehrs 852

Zweiundzwanzigster Titel: Schuldverschreibung auf den Inhaber (BGB. §§ 793—808).

§ 165. Die Wertpapiere 855
§ 166. Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber 864
§ 167. Die Orderpapiere 885
§ 168. Die Rektapapiere und die hinkenden Wertpapiere . . 896

Dreiundzwanzigster Titel: Vorlegung von Sachen (BGB. §§ 809—811).

§ 169. Die Vorlegung von Sachen 903

Vierundzwanzigster Titel: Ungerechtfertigte Bereicherung (BGB. §§ 812—822).

§ 170. Ungerechtfertigte Bereicherung. Allgemeines 908
§ 171. Der Bereicherungsanspruch 920

Fünfundzwanzigster Titel: Unerlaubte Handlungen (BGB. §§ 823—853).

§ 172. Unerlaubte Handlungen. Begriff 923
§ 173. Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Voraussetzungen 930
§ 174. Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Durchführung 943

Digitized by Google

Anhang.

Seite

Wesentliche Abweichungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Gemeinen und Preußischen Rechte 948
Register 956

Die Abkürzungen und Rechtssprüchwörter sind in das Register aufgenommen.

I. = Heilfron, Römische Rechtsgeschichte III./IV. Auflage.
II. = Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte IV./V. Auflage.
III. = Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Abt. (Allgemeiner Teil). I./II. Auflage.
V. = Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Abt. (Sachenrecht).

Die Verweisungen beziehen sich bis S. 373 auf die frühere, von da an auf die spätere Auflage; vgl. das einliegende Blatt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel: Verpflichtung zur Leistung (B.G.B. §§ 241—292).

Zweiter Titel: Verzug des Gläubigers (B.G.B. §§ 293—304).

I. Kapitel. Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

§ 66. Begriff des Schuldverhältnisses.

Schuldverhältnis[1][2]) ist eine rechtlich geordnete Beziehung (Rechtsverhältnis) zwischen mehreren Personen, kraft deren die eine berechtigt ist, von der anderen eine Leistung zu fordern.

---

[1]) Das BGB. behandelt das Recht der Schuldverhältnisse in seinem II. Buch, also vor dem Sachenrecht. Bisher wurde in den systematischen Darstellungen das Sachenrecht regelmäßig vor dem Obligationenrecht behandelt. Die Anordnung des BGB. beruht auf der Erwägung, daß die Schuldverhältnisse das Werden des Rechts durch den wirtschaftlichen Verkehr, d. h. den Austausch von Gütern, ordnen, während im Sachenrecht das Gewordene, die dauernde Rechtslage des Einzelnen, behandelt ist.

Von den 7 Abschnitten des II. Buchs entsprechen die ersten 6 dem bisher sogenannten „Allgemeinen Teil des Obligationenrechts". Sie enthalten also die auf alle (oder wenigstens die meisten) Schuldverhältnisse anwendbaren Vorschriften. Der 7. Abschnitt „Ein-

Digitized by Google

Aus dieser dem § 241 BGB. entnommenen Begriffsbestimmung ergeben sich die nachstehenden, Natur und Inhalt des Schuldverhältnisses kennzeichnenden Folgerungen.

a. Das Schuldverhältnis ist eine Beziehung zwischen mehreren Personen.

1. Jedes Schuldverhältnis setzt, wie schon das Wort „Verhältnis" ergiebt, eine Beteiligung vom mindestens zwei Personen[3]) voraus: eine zur Leistung berechtigte, den

---

zelne Schuldverhältnisse" entspricht dem bisher sogenannten „Besonderen Teile des Obligationenrechts" und enthält die für gewisse Schuldverhältnisse geltenden Sondervorschriften.

Von den 25 Titeln des 7. Abschnitts behandeln die ersten 22 wesentlich die Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften (S. 174). Nur ist aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Auftrag (Titel 10) die Geschäftsführung ohne Auftrag (Titel 11) und der Gesellschaft (Titel 14) die Gemeinschaft (Titel 15) angeschlossen. Der 23. Titel regelt die Verpflichtung zur Vorlegung von Sachen, der 24. die Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, der 25. und letzte die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

[2]) Das BGB. giebt den bisher üblichen vieldeutigen Ausdruck „Obligation" durch „Schuldverhältnis" wieder. In den Quellen bedeutet **obligatio**:

α. das Schuldverhältnis, vgl. die S. 4[5] wiedergegebenen Stellen;

β. jede der beiden Seiten dieses Verhältnisses, also sowohl das Recht des Gläubigers (in seiner gerichtlichen Bethätigung Anspruch, **actio** I, 189[1], als Vermögensteil **nomen** genannt), als auch die Verpflichtung des Schuldners (Schuld, **aes alienum**); vgl. l. 126 § 2 D. 45, 1 und andererseits l. 36 D. 12, 1;

γ. den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses (zB. in der Verbindung **verborum** oder **litterarum obligatio**);

δ. den Vorgang der Begründung des Schuldverhältnisses, vgl. zB. l. 1 § 21 D. 27, 3;

ε. die Schuldurkunde (**cautio, chirographum, instrumentum**).

Pignoris obligatio bezeichnet in ähnlicher Weise die Verpfändung und das hierdurch entstehende Verhältnis.

[3]) Der hauptsächliche Zweck der Schuldverhältnisse ist die Herbeiführung des Güteraustausches. Dieser setzt aber das Vorhandensein zweier verschiedener Rechtssubjekte voraus. Niemand kann sein eigener Schuldner sein. Beerbt also zB. der Schuldner den Gläubiger oder umgekehrt, so fällt das Schuldverhältnis in sich zusammen (**confusio**, unten S. 241[3]). Ausnahmen finden sich im Grundbuchrecht (Eigentümerhypothek II, 561[2]) wegen der

Digitized by Google

Gläubiger (creditor), und eine zur Leistung verpflichtete, den **Schuldner** (debitor).[4])

2. Das Recht des Gläubigers (**Forderungsrecht**) richtet sich (regelmäßig, S. 5) gegen einen **bestimmten** Schuldner; es ist also ein relatives Recht (III, 74). Während das Sachenrecht eine unmittelbare Beziehung einer Person zu einem Gegenstande herstellt und sich nur

---

selbständigen Natur der Eintragung und bei den im Papiere sich verkörpernden Schuldverhältnissen aus **Order-** und **Inhaberpapieren**. So kann zB. nach WO. Art. 10 der Wechsel auch an den Aussteller, Bezogenen, Akzeptanten oder einen früheren Indossanten gültig indossiert und von ihnen weiter indossiert werden. Nach WO. Art. 6 kann der Aussteller sich sogar von vornherein selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem anderen Ort, als dem der Ausstellung, geschehen soll (Erfordernis der **distantia loci**; sog. **trassiert eigener Wechsel** oder **Kommanditwechsel**, weil meist für den Wechselzug eines Kaufmanns auf seine Kommandite, d. h. Zweigniederlassung, verwendet).

Mit der begrifflichen Notwendigkeit des Vorhandenseins mindestens zweier Beteiligter nicht zu verwechseln ist die Frage, ob zur **Begründung** eines Schuldverhältnisses Gläubiger und Schuldner **zusammenwirken** müssen (obligatorischer Vertrag) oder ob ein Schuldverhältnis durch die Handlung des Schuldners allein entstehen kann (Verpflichtungskraft einseitiger Erklärung, unten S. 174).

Andererseits sind vielfach auf der Schuldner- oder der Gläubigerseite mehrere Personen beteiligt (Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, BGB. §§ 420 ff., unten S. 352).

[4]) Die Quellen bezeichnen als „**creditor**" ausdrücklich jeden Forderungsberechtigten (l. 10—12 D. 50, 16). Dagegen versteht man heute unter **Kreditgeschäften** nur solche Schuldverträge, bei denen ein „Kreditieren" stattfindet, d. h. das Anvertrauen eines Vermögensstücks gegen das Versprechen einer zukünftigen Gegenleistung (Darlehen, Verpfändung, Leihe, vgl. l. 1 § 1 D. 12, 1). Meist unterstellt man dem Begriffe der Kreditgeschäfte sogar nur solche Geschäfte, bei denen ein Vermögensstück zu **Eigentum** übergeben wird gegen die Verpflichtung einer zukünftigen Gegenleistung in Geld, also vor allem das Darlehen; vgl. das ergänzende Wuchergesetz (II, 491[5]) vom 19. Juni 1893 Art. 4 (Verpflichtung zu alljährlicher Rechnungslegung für den, der aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht).

Der Ausdruck **reus** bezeichnet im rR. anfänglich sowohl den Gläubiger (**reus stipulandi**, l. 1. D. 45, 2) als den Schuldner (**reus promittendi**), später nur diesen, insbesondere, sofern er schon verklagt ist (I, 189).

Digitized by Google

mittelbar (als dinglicher Anspruch, III, 80) gegen eine andere Person richtet, unterwirft das Forderungsrecht von vornherein den Schuldner der Herrschaft des Gläubigers.[5]) Auch wenn das Forderungsrecht auf die Leistung einer in sich bestimmten Sache geht (jus ad rem), richtet es sich nach dem mit dem rR. übereinstimmenden BGB. nur gegen einen bestimmten Schuldner, nicht etwa dinglich gegen den Besitzer der fraglichen Sache. Über die stärkere Wirkung des jus ad rem gegenüber bösgläubigen Erwerbern nach ALR. vgl. II, 469[1].

b. Das Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis.

Nicht jede Beziehung zwischen mehreren Personen, kraft deren die eine zu einer Leistung verpflichtet ist, gilt als Schuldverhältnis. Wer eine Einladung annimmt, eine Dame zum ersten Walzer engagiert, einem Künstler verspricht, sein Konzert zu besuchen, tritt in kein Schuldverhältnis ein. Ein solches liegt vielmehr nur bei rechtlich geschützten Beziehungen vor, nicht bei Beziehungen bloß gesellschaftlicher oder sittlicher Natur. Unter welchen Voraussetzungen eine Leistungspflicht durch das Recht geschützt, also zu einer Schuld wird, das bestimmt sich nach der Rechtsordnung, nach welcher die Beziehung zu beurteilen ist. Wie später, bei der Lehre von den sog. Naturalobligationen (S. 169), darzulegen sein wird, haben in dieser Hinsicht die Anschauungen sehr gewechselt. Was ehemals nur eine moralische oder Anstandspflicht war, ist später zu einer Rechtspflicht geworden. Vielfach ist hierbei die Entwickelung freilich

---

[5]) Das Wesen des obligatorischen Rechts als eines bloß relativen Rechts und sein Gegensatz zum Sachenrecht erhellt aus den beiden berühmten Quellenstellen:

pr. J. 3, 13. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

l. 3 pr. D. 44, 7 (Paulus). Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Digitized by Google

insofern nicht zum Abschlusse gelangt, als derartigen Schuldverhältnissen die Klagbarkeit versagt geblieben ist.

c. Das Schuldverhältnis begründet ein Forderungsrecht und eine diesem entsprechende Leistungspflicht.

Die Leistungspflicht stellt den Inhalt des Schuldverhältnisses dar. Das zu Leistende (Sache, Recht, Handlung) wird als Gegenstand, die Bewirkung der Leistung als Erfüllung des Schuldverhältnisses bezeichnet. Über alles dies ist später ausführlich zu sprechen (S. 11). Hier ist zunächst nur auf einen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem römischen und dem modernen Rechte hinzuweisen.

Nach dem eben Gesagten besteht der Inhalt des Schuldverhältnisses darin, daß ein Schuldner einem Gläubiger eine Leistung machen muß. Hierbei kann die Rechtsordnung nun entweder mehr die persönlichen Beziehungen der Beteiligten oder mehr den Inhalt des Schuldverhältnisses betonen: die erstere Auffassung liegt dem römischen, die letztere dem deutschen und dem modernen Schuldrechte zu Grunde.

1. Nach römischem Recht ist das Schuldverhältnis ein juris vinculum (S. 4[5]), ein persönliches Band, das zwischen dem bestimmten Gläubiger und dem bestimmten Schuldner geknüpft ist. Aus dieser Auffassung (vgl. II, 479) erklärt es sich, daß das rR.

α. keine unmittelbare Stellvertretung bei Eingehung eines Schuldverhältnisses anerkannte (II, 450, III, 508);

β. keine Verträge zu Gunsten Dritter zuließ;

γ. keine Änderung in der Person der Beteiligten gestattete, weder auf der Gläubigerseite (Cession) noch auf der Schuldnerseite (Schuldübernahme);

δ. grundsätzlich[6]) keine Unbestimmtheit des Gläubigers oder des Schuldners, insbesondere keine Offerte in incertam

[6]) Nur ausnahmsweise läßt schon das römische Recht eine Unbestimmtheit von Gläubiger oder Schuldner dann zu, wenn Forderung oder Schuld an den Eintritt in ein gewisses Rechtsver-

Digitized by Google

personam anerkannte, jeder einseitigen Erklärung überhaupt nur in Ausnahmefällen Rechtswirkung zusprach (II, 485, III, 464, unten S. 175).

2. Schon das ältere deutsche Recht hielt sich, wie II, 479 dargelegt, von einer solchen einseitigen Betonung der persönlichen Seite der Schuldverhältnisse fern. Das moderne Recht legt in weiterer Fortbildung das Hauptgewicht auf den sachlichen Inhalt der Schuldverhältnisse, die Leistung. Es geht davon aus, daß es dem Gläubiger regelmäßig ebenso gleichgültig ist, von wem er die Leistung empfängt, als dem Schuldner, wem er die geschuldete Leistung macht. Daher läßt das moderne Recht Stellvertretung, Verträge zu Gunsten Dritter (S. 216), Cession (S. 303), Schuldübernahme (S. 339), Erfüllung durch einen Anderen (S. 79) im weitesten Umfange zu, ferner aber auch Schuldverhältnisse, bei denen der Gläubiger (Order- und Inhaberpapiere, Auslobung) oder der Schuldner (Reallasten, II, 548) von vornherein noch unbestimmt ist[7]).

---

hältnis (besonders Eigentum oder Besitz an einer Sache) geknüpft ist, wie bei den **actiones noxales** und **in rem scriptae** (I, 235[3]), der (gegen den jedesmaligen Eigentümer zu richtenden) **actio aquae pluviae arcendae** (II, 521), der Herstellungspflicht bei bestehender **servitus oneris ferendi** (II, 545[4]).

[7]) Am weitesten geht in dieser Beziehung (neues) HGB. § 781 (bisher Art. 785), wonach der Nehmer einer Seeversicherung es unbestimmt lassen kann, ob die Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung genommen wird (sog. „Versicherung für Rechnung wen es angeht"). Eine ähnliche Ungewißheit findet bei den besonders an der Börse üblichen Verkäufen mit der Klausel „Aufgabe vorbehalten" statt. Hierbei verpflichtet sich der Verkäufer eine ihm von dem das Geschäft vermittelnden Makler zu benennende Person als Käufer anzunehmen, es sei denn, daß er gegen den Benannten begründete Einwendungen (Zahlungsunfähigkeit, schlechter Ruf) erheben kann (ERG. 24, 64).

Von den Fällen, in denen der Schuldner sich einer „**incerta persona**" gegenüber verpflichtet (Order- und Inhaberpapiere, Auslobung, Seeversicherung, Verkauf mit vorbehaltener Aufgabe) sind aber diejenigen zu trennen, in denen jemand, ohne sich zunächst zu binden, nur seine Bereitwilligkeit erklärt, in ein Schuldverhältnis auf einer bestimmten Grundlage mit einem Jeden einzutreten (Versteigerung, Versendung von Preislisten, Ausstellung von Waren mit Preisen, Aufstellung von Automaten; vgl. hierüber III, 462[4]).

Digitized by Google

Endlich sind Forderungsrecht und Leistungspflicht so „verselbständigt", daß sie als (aktive und passive) Vermögensstücke erscheinen. So erklärt es sich, daß die Forderungsrechte ähnlich wie körperliche Sachen selbst wieder Gegenstand dinglicher Rechte (Pfandrecht, Nießbrauch) sein können (Rechte an Rechten, III, 245[1]). Dies tritt vor allem hervor bei den in Inhaberpapieren verkörperten Forderungen.

Nicht hierher gehören ferner die Fälle, in denen Gläubiger und Schuldner von vornherein bestimmt sind, der Schuldner aber verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung auf Verlangen des Gläubigers einem Dritten zu machen, ohne daß dieser jedoch selbst Gläubiger wird. Dies ist z.B. der Fall bei der bei Parzellierungen üblichen Klausel, daß der Verkäufer zur Auflassung von Grundstücksteilen „an die Order" des Käufers verpflichtet sein soll, sowie beim Erwerb des Aufführungsrechts seitens eines Bühnenleiters, wobei nach einer berühmten, das Leipziger Stadttheater betreffenden Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts das Aufführungsrecht als für den jedesmaligen Leiter der Bühne erworben gelten soll.

Mit der verminderten Betonung der persönlichen Seite der Schuldverhältnisse im modernen Recht hängt auch die geringere Berücksichtigung des Irrtums in der Person zusammen (III, 395). Natürlich kann aber auch im modernen Recht ein Schuldverhältnis wesentlich persönlicher Natur sein, so stets bei Verträgen über unvertretbare Handlungen (Malen eines Bildes, Schreiben eines Buches). Ferner wird zwar heute das Hauptgewicht darauf gelegt, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand erhält, dies muß aber im Rahmen des Schuldverhältnisses geschehen. Wenn z.B. A. dem B. ein dem C. gehöriges Pferd verkauft, dann muß B. das Pferd auch von C. annehmen, wenn es ihm von diesem zur Erfüllung des zwischen A. und B. geschlossenen Kaufs im Einverständnisse mit A. angeboten wird. Der Kaufpreis ist auch hierbei an A. zu zahlen. Nicht aber kann C. mit der Begründung, daß er Eigentümer des Verkaufsgegenstands ist, ohne Weiteres in das zwischen A. und B. bestehende Schuldverhältnis an Stelle des A. eintreten und unter Anbieten des Pferdes gegen B. auf Zahlung des Kaufpreises an ihn klagen. Über den **concursus duarum causarum lucrativarum**, wobei ein Schuldverhältnis deshalb erlischt, weil der Gläubiger die von dem Schuldner unentgeltlich zu leistende Sache anderweitig unentgeltlich erworben hat, vgl. unten S. 242[4].

Digitized by Google

§ 67. Die Entstehung der Schuldverhältnisse.

Die Römer schieden ursprünglich die Schuldverhältnisse in solche, die aus klagbaren Verträgen (contractus, I, 163[5], unten S. 180), also besonders den den Güterverkehr vermittelnden Geschäften, und solche, die aus schuldhaften, mit Privatstrafe belegbaren Handlungen (delicta) entstehen[1]). Diese Einteilung war jedoch nicht erschöpfend und schon Gajus ergänzte sie (libro 2 aureorum, l. 1 pr. D. de oblig. et actionibus 44, 7) dahin: obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris und schied (libro 3 aureorum, l. 5 D. 44, 7) diese letztere Gattung wieder in obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto. § 2 J. 3, 13 giebt dementsprechend eine Vierteilung der Schuldverhältnisse nach ihrem Entstehungsgrund an: „aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi maleficio." Dem Begriffe der Quasikontrakte[2]) unterstellte man Schuldverhältnisse, die, ohne aus Schuldverträgen herzurühren, eine rechtsähnliche

---

[1]) Gaji Inst. III § 88: Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

[2]) Vgl. § 1 J. 3, 27: Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Zu den Quasikontrakten werden in §§ 2 ff. J. 3, 27 gerechnet:

α. Die nach Art eines Auftrags zu behandelnde negotiorum gestio;

β. die ebenfalls dem Mandat ähnliche Vormundschaft;

γ. die der societas gleichgeachtete zufällige Gemeinschaft (communio incidens) unter Miterben und Miteigentümern;

δ. das Verhältnis zwischen dem mit einem Vermächtnisse belasteten Erben und dem Legatar;

ε. das darlehensähnliche Verhältnis zwischen dem Empfänger einer Nichtschuld und dem Zahlenden.

Über die Auffassung der Litiskontestation als eines kontraktsähnlichen Verhältnisses (judicio contrahi) im vorjustinianischen Recht vgl. I, 221.

Digitized by Google

(analoge) Anwendung der für diese maßgebenden Rechtssätze zu verlangen schienen. Unter die Quasidelikte[8]) rechnete man solche Thatbestände, die nicht eigentlich („non proprie") auf einer schuldhaften Handlung beruhen, dennoch aber gewisse Folgen gleich den eigentlichen Delikten nach sich ziehen.

Diese auch das ältere Gemeine Recht beherrschende Einteilung war weder erschöpfend, da insbesondere manche der unmittelbar auf Gesetz beruhenden Schuldverhältnisse keiner der vier Gattungen unterstellt werden konnten, noch gerechtfertigt, da weder die Quasikontrakte noch die Quasidelikte einheitlichen Regeln unterworfen waren. Das BGB. hat daher (wie schon das ALR.) diese Einteilung aufgegeben.

Das BGB. stellt im Allgemeinen Teile seines Schuldrechts (Buch II, Abschnitt 1, 3—6, oben S. 1[1]) allgemeine Vorschriften für alle Schuldverhältnisse auf, im Abschnitt 2 werden für Schuldverhältnisse aus Verträgen besondere Rechtssätze gegeben. Hiernach lassen sich nach BGB. die Schuldverhältnisse nur teilen in Schuldverträge — oder wie man mit berechtigter Erweiterung (s. u.) sagen kann, in Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften — und in Schuldverhältnisse auf anderer Grundlage. Bei jeder dieser beiden Gattungen lassen sich wieder gewisse Gruppen von Schuldverhältnissen von einem einheitlichen Gesichtspunkte aus zusammenfassen.

a. Die Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften

scheiden sich, wie oben erwähnt, in solche aus einseitigen Rechtsgeschäften und in Schuldverträge. Unter welchen Voraussetzungen ein einseitiges Rechtsgeschäft geeignet ist, ein Schuldverhältnis zu begründen, und welche Arten der Schuldverträge zu unterscheiden sind, darüber ist unten S. 174 ff. zu sprechen. Die hiernach durch einseitiges Rechts-

[8]) Als Quasidelikte werden in J. 4, 5 bezeichnet:
α. Die Verpflichtung des judex, qui litem suam fecit (I, 287);
β. die Verpflichtung eines der actio de effusis vel deiectis sowie de positis vel suspensis Unterliegenden;
γ. die Haftung der nautae, caupones, stabularii (II, 496[10]).

Digitized by Google

geschäft gültig geschaffenen Schuldverhältnisse unterstehen regelmäßig den für Schuldverträge gegebenen Vorschriften.

b. Die nicht durch Rechtsgeschäft hervorgerufenen Schuldverhältnisse beruhen:

1. entweder auf einem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, der wieder sein kann:

α. rechtswidrig; so entstehen die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen;

β. nicht rechtswidrig; hierzu gehören zB. die Schuldverhältnisse aus der Führung der Vormundschaft, der Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio), der Einwirkung auf eine fremde Sache im Notstande (BGB. § 904, III, 629[7]), der Vornahme anfechtbarer Handlungen (I, 366[13]);

2. unmittelbar auf Gesetz (ex re actio venit, l. 46 D. 44, 7).

Hierunter gehören u. a. die Schuldverhältnisse:

α. aus dem Haben eines Gegenstands, besonders insofern dadurch die Pflicht zur Vorlegung (BGB. §§ 809—811) oder zur Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung (BGB. §§ 812—822) begründet wird;

β. aus einem Ereignisse, dessen eine fremde Rechtssphäre betreffenden Folgen jemand vertreten muß (unten S. 123 ff.), ohne daß er sie durch sein Handeln herbeigeführt hat, wie im Falle der Haftung für Zufall (II, 494[8]), für die Schuld Dritter (II, 496[10]), für Tiere (II, 497), beim Einsturze von Gebäuden (II, 498[12]).

γ. aus einem dauernden Rechtsverhältnisse, zB. der Gemeinschaft (communio incidens, BGB. §§ 741 bis 758), der Familienverbindung (Vermögensbeziehungen zwischen Ehegatten II, 653 ff. und zwischen Eltern und Kindern II, 695 ff., Unterhaltspflicht unter Verwandten, BGB. §§ 1601 ff., Pflichtteilsrecht II, 742[8]), der Erbengemeinschaft (II, 717)[4]).

---

[4]) Durch Richterspruch entstehen Schuldverhältnisse regelmäßig nicht, wie das Urteil ja überhaupt nur in seltenen Fällen „konstitutive", vielmehr regelmäßig nur „deklaratorische" Wirkung hat

Digitized by Google

II. Kapitel. Gegenstand der Schuldverhältnisse.

§ 68. Die Gegenstände der Schuldverhältnisse überhaupt.

a. Allgemeines.

Die Frage nach dem Gegenstand eines Schuldverhältnisses deckt sich mit der Frage, was kraft des Schuldverhältnisses gefordert werden kann und geleistet werden muß. Die später (S. 33) zu behandelnde Frage nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses bezieht sich dagegen darauf, wie (in welchem Umfang, in welcher Art, zu welcher Zeit, an welchem Orte) die Leistung zu erfolgen hat.[1])

In keinem Rechtsgebiet ist der Einwirkung der Beteiligten eine größere Freiheit zugestanden, als im Schuldrechte. Grundsätzlich können daher die Beteiligten, mindestens

---

(I, 341). Nur im Teilungsverfahren kann der Richter Schuldverhältnisse unter den Beteiligten begründen. So wird zB. nach §§ 93 ff. des RG. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 bei der Auseinandersetzung unter Miterben ein Teilungsplan vom Gericht aufgestellt, der die Kraft eines rechtskräftigen Urteils erlangen kann. Dieser Teilungsplan kann Schuldverhältnisse unter den Beteiligten begründen.

Durch Ersitzung können Schuldverhältnisse nach BGB. nicht begründet werden, denn ersessen werden können nach BGB. nur körperliche (bewegliche) Sachen. Dagegen vertraten einige gemeinrechtliche Schriftsteller des 18. Jahrhunderts (Leyser, auf Grund von l. 6 D. 22, 1) die Meinung, daß durch zehnjährige Zinszahlung das dieser entsprechende Kapital als Darlehen ersessen werde. Hierauf beruhen die §§ 837 ff. ALR. I, 11, wonach zehnjährige Zinszahlung eine praesumtio juris für das Bestehen einer Darlehensschuld begründet, während nach dreißigjähriger Zinszahlung „der Gläubiger das Kapital vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechts fordern kann."

[1]) Gegenstand des Schuldverhältnisses ist hiernach die Leistung, d. h. einerseits das zu Leistende, also das Gut, das durch die Handlung des Schuldners dem Gläubiger verschafft werden soll, andererseits die Handlung selbst. Ursprünglich faßte man als Gegenstand des Schuldverhältnisses die Person des Schuldners auf. So erklärt es sich, daß sich die Zwangsvollstreckung auch bei der Verpflichtung zur Leistung bestimmter Sachen anfänglich nur gegen die Person des Schuldners gerichtet hat. Die „Realexekution" ist erst die Frucht einer vorgeschrittenen Entwickelung; vgl. I, 353 und unten S. 156.

Digitized by Google

soweit es sich um die durch Rechtsgeschäft begründeten Schuldverhältnisse handelt, sowohl Gegenstand als Inhalt willkürlich bestimmen und die gesetzlichen Vorschriften finden nur mangels abweichender Parteibestimmung Anwendung. Immerhin finden sich hinsichtlich der zulässigen Gegenstände der Schuldverhältnisse gewisse Schranken: der Gegenstand jedes Schuldverhältnisses muß möglich, erlaubt und bestimmbar sein. Dagegen ist nach modernem Rechte nicht unbedingt erforderlich, daß die Leistung einen Vermögenswert hat. In Übereinstimmung mit der Anordnung des BGB. ist über diese Umstände im Einzelnen bei der Lehre von den Schuldverträgen zu sprechen (unten S. 197).

b. Einteilung der Schuldverhältnisse nach dem Gegenstande.

In der l. 3 pr. D. 44, 7 (S. 4[5]) bezeichnet Paulus als Gegenstand der Obligation ein dare, facere oder praestare. Dare bedeutet vorzugsweise das Verschaffen des Eigentums oder einer Servitut nach jus civile, facere jede andere Thätigkeit, zB. auch Verschaffen des bonitarischen Eigentums oder des Besitzes. Die Bedeutung von praestare ist sehr streitig. Der Ausdruck wird anfänglich besonders für Leistung von Diensten (zB. der operae des Freigelassenen, I, 85), später für Nebenleistungen (Zinsen, Interesse) verwendet.[2])

Heute unterscheidet man Schuldverhältnisse auf ein Thun (positive Leistung) und solche auf ein Unterlassen (negative Leistung). Diese Unterscheidung hat praktische Bedeutung zB. bei der Verjährung, insofern die Ver-

[2]) Das ALR. bezeichnet in I, 2 § 123 als Inhalt des persönlichen Rechts die Befugnis, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten oder unterlassen solle. Praktisch wird diese Einteilung — abgesehen davon, daß nur das Recht auf das Geben einer (bestimmten) Sache ein jus ad rem begründet (II, 469[1]) — bei der Lehre vom Erfüllungsort, insofern bei einem Geben der Wohnort des Berechtigten, bei einem Handeln der Wohnort des Verpflichteten zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebend ist (ALR. I, 5 §§ 248, 250; anders nach BGB., unten S. 86[7]). Ferner muß bei Verträgen über Handlungen, wenn diese

Digitized by Google

jährung eines Anspruchs auf Unterlassung erst mit der Zuwiderhandlung beginnt (BGB. § 198, III, 590), ferner bei der Frage der Teilbarkeit der Obligationen (unten S. 28) und für die Zwangsvollstreckung, CPO. §§ 887, 888 und 890 (bisher §§ 773, 774 und 775).

Einer eingehenden Besprechung zu unterziehen sind die Gegensätze: Species- und Genusschulden (unten § 69), letztere mit der Unterart der Geldschulden, ferner einheitliche und Wahlobligationen (§ 70), endlich teilbare und unteilbare Schuldverhältnisse (§ 71).

§ 69. Gattungsschuld.

a. Begriff.

Wie III, 306 dargelegt, können Sachen in doppelter Weise in den Rechtsverkehr eintreten und so auch in Schuldverhältnissen als Leistungsgegenstände in Betracht kommen.[1]) Entweder ist eine einzelne bestimmte Sache, ein „Sachindividuum" (eine „durchaus bestimmte Sache", ALR. I, 5 § 273) in Frage: dann spricht man von species (A. kauft von B. dessen Jagdhund). Oder der Leistungsgegenstand ist „nur der Gattung nach bestimmt" (BGB.

---

geleistet sind, die Vergütung nach der mündlichen Abrede auch dann erfolgen, wenn die letztere, weil der Vertrag der Schriftform bedurft hätte, rechtsungültig war; und endlich hat bei Verträgen über Handlungen jeder Teil ein Rücktrittsrecht (ALR. I, 5 §§ 165, 408 ff.).

[1]) Der Unterschied zwischen species und genus kommt wesentlich beim Geben von körperlichen Sachen in Betracht und zwar regelmäßig von vertretbaren Sachen, obgleich Vertretbarkeit und Bezeichnung nach dem genus ganz verschiedenartige Umstände sind (III, 307). In Übereinstimmung mit dem BGB. ist daher im Text nur von (körperlichen, III, 248) Sachen gesprochen. Arbeitsleistungen sind regelmäßig individuell bestimmt. Immerhin sind auch Schuldverhältnisse denkbar, bei denen nur der Gattung nach bestimmte Arbeitsleistungen Leistungsgegenstand sind; zB. ein Unternehmer verpflichtet sich, einem Gutsbesitzer 10 mit der Zuckerrübenkultur vertraute Arbeiterfamilien zu stellen, ein Kapellmeister verpflichtet sich, durch von ihm zu entsendende Musiker die Tafelmusik ausführen zu lassen. Auf diese Fälle kommen die besprochenen Grundsätze zu rechtsähnlicher Anwendung.

Digitized by Google

§§ 243, 524, 2155, 2182, 2183; ALR. I, 5 § 275) oder doch nur nach Merkmalen, die keine Individualisierungsmerkmale sind (Windscheid), bezeichnet: dann spricht man von genus (A. bestellt beim Hundezüchter B. einen Jagdhund zum Preise von 300 Mk.).

Wie später unter b. zu erörtern ist, unterliegen Schuldverhältnisse, je nachdem der Leistungsgegenstand als species oder nur nach dem genus bestimmt ist, verschiedenartigen Rechtssätzen. Die Feststellung, ob eine Spezies- oder eine Genusschuld vorliegt, ist daher vielfach wesentlich für die rechtliche Beurteilung des Schuldverhältnisses. Diese Feststellung ist regelmäßig einfach. Zuweilen ist jedoch eine solche Häufung von Gattungsmerkmalen vorhanden, daß das alle diese Merkmale aufweisende genus nur wenige Sachindividuen umfaßt. Hierbei wird es dann oft zweifelhaft sein, ob eine Speziesschuld mit Wahlrecht (unten S. 21) oder eine Genusschuld vorliegt[2]).

---

[2]) Entscheidend ist, ob die Beteiligten sich bewußt gewesen sind, daß durch die Häufung der Gattungsmerkmale der Kreis der in Betracht kommenden Leistungsgegenstände sich in Wahrheit auf bestimmte Sachindividuen beschränkt, sodaß die Gattungsbezeichnung nur eine einheitliche Bezeichnung dieser Individuen ist. Dann liegt ein Wahlschuldverhältnis vor.

Besonders streitig unter diesen sog. „gemischt-generischen Obligationen" war von jeher der Fall, daß der Leistungsgegenstand aus einer bestimmten Menge zu entnehmen ist (100 Liter eines Stückes Wein, l. 5 D. 18, 6, l. 35 § 7 D. 18, 1, ein Schaf aus einer bestimmten Herde). Unzweifelhaft ist die Entscheidung, wenn Umfang und Art der Entnahme bestimmt vorgeschrieben sind (zB. A. kauft von B. alle auf dessen Gute vorhandenen dreijährigen Stuten), sodaß es sich um eine rein mechanische, nicht juristische Ausscheidung handelt. Dann liegt natürlich Speziesschuld vor, denn der Leistungsgegenstand ist von vornherein individuell bestimmt und nur generisch bezeichnet. Ist dagegen zur Bestimmung des Leistungsgegenstands eine erst durch einen Rechtsakt zu bewirkende Ausscheidung erforderlich, so kommt es darauf an, ob die Beteiligten die Menge, aus der die Ausscheidung zu erfolgen hat, wegen individueller oder wegen ihrer Gattungsmerkmale gewählt haben. Wer vom Bremer Ratskeller 100 Liter Rosewein kauft, will Wein aus dem Rosefaß haben, es liegt Speziskauf vor; wer von einem Weinhändler nach dem Preiskourant 100 Liter 1893er Niersteiner aus dem Fasse Nr. 483 kauft, wird wesentlich

Digitized by Google

Die wichtigsten Gattungsschulden sind die Geldschulden, über die III, 317 gesprochen ist (vgl. BGB. §§ 244, 245).

b. Rechtliche Bedeutung der Gattungsschuld.

1. Ausscheidung.

Nach dem vorher Gesagten ist bei der Speziesschuld der Leistungsgegenstand von vornherein genau bestimmt (individualisiert), während er bei der Genusschuld erst durch eine Ausscheidung aus der Gattung bestimmt werden muß[3]). Hierbei ergeben sich die beiden Fragen: Wer hat diese Ausscheidung vorzunehmen? Welchen Bedingungen muß das Ausgewählte entsprechen, um als Leistungsgegenstand gelten zu können?

α. Die Auswahl steht grundsätzlich dem Schuldner zu, dem Gläubiger oder einem Dritten dagegen nur dann, wenn dies sich aus dem das Schuldverhältnis begründenden Vorgange ergiebt (zB. dem ein Gattungsvermächtnis anordnenden Testamente, vgl. BGB. § 2155 Abs. 2, oder dem Vertrage, vgl. BGB. §§ 317, 319).[4])

---

darauf Wert legen, daß er 1893er Niersteiner erhält. Es sind also stets die Umstände des einzelnen Falls zu berücksichtigen.

[3]) Aber auch bei der Gattungsschuld steht die Leistungspflicht an sich schon fest und nur der Leistungsgegenstand ist noch festzustellen. Die Gattungsschuld ist also nicht etwa als durch die Ausscheidung bedingt aufzufassen. Während daher aufschiebend bedingte Zuwendungen nach rR. unvererblich waren (III, 488), ging das Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache auf den Erben des Bedachten über, auch wenn letzterer vor der Ausscheidung verstarb.

[4]) Sehr üblich ist zB. in gewissen Handelszweigen der sog. Spezifikationskauf, d. h. ein Gattungskauf, wobei der Käufer (also der Gläubiger betreffs der Ware) Form und Art der einzelnen zu liefernden Sachen näher angeben („spezifizieren") soll; zB. A. kauft von B. 6 Ballen Garn unter Vorbehalt der Angabe seitens des Käufers, welche Garnnummern geliefert werden sollen (ERG. 14, 243) oder 1000 Centner Roheisen zu einem gewissen „Grundpreise", die als Draht oder Drahtstifte unter Berechnung eines gewissen „Überpreises" für die Herstellung der einzelnen Sorten nach Angabe des Käufers zu liefern sind (ERG. 10, 95; 30, 97). Bei diesen Geschäften war bisher vor allem streitig, welche Rechte der Verkäufer hat, wenn der Käufer mit der von ihm vorzunehmenden

Digitized by Google

β. Nach rR. konnte der Schuldner einer Gattungsschuld sich durch Leistung auch des schlechtesten Stückes der Gattung befreien. Dagegen bestimmt BGB. § 243 Abs. 1 in Übereinstimmung mit der schon im ALR. I, 5 § 275 und im (alten) HGB. Art. 335 zum Ausdrucke gelangten modernen Verkehrsanschauung: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.“[5]) Damit hat nur das Mindestmaß der zu leistenden Art und Güte bestimmt werden sollen. Eine bessere als mittelmäßige Sache kann der Gläubiger natürlich nicht zurückweisen, wohl aber eine schlechtere oder mangelhafte.[6])

Spezifikation im Verzug ist (Klage auf Vornahme der Spezifikation? auf Zahlung eines Minimalpreises? Selbsthülfeverkauf des Verkäufers? Übergang des Spezifikationsrechts auf ihn?). Dieser Streit ist für den handelsrechtlichen Spezifikationskauf (und dies wird auch für die seltenen sonstigen Fälle gelten müssen) durch § 375 des neuen HGB. dahin entschieden: der Käufer, dem die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist, ist verpflichtet, diese Bestimmung zu treffen; kommt er hiermit in Verzug, so hat der Verkäufer die Wahl, die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten.

[5]) Nur für das Gattungsvermächtnis ist — als dem vermutlichen Willen des Erblassers entsprechend — in BGB. § 2155 vorgeschrieben, daß „eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache“ zu leisten ist.

Keine Vorschrift enthält das BGB. für die ungewöhnlichen Fälle (S. 15), in denen ein Gläubiger oder ein Dritter die Auswahl zu treffen hat. Die rechtsähnliche Anwendung des § 243 wird aber regelmäßig geboten sein.

[6]) Für das häufigste Gattungsschuldverhältnis, den Genuskauf, ist es nach Gem. Recht streitig, ob der Käufer statt des Anspruchs auf Lieferung mangelfreier Sachen sich der ädiltizischen Rechtsmittel (actio redhibitoria und quanti minoris, II, 486) bedienen kann, weil diese Rechtsbehelfe sich nur auf den Spezieskauf bezögen. Das BGB. verordnet in Übereinstimmung mit der Praxis (ERG. 6, 189; 12, 84) in § 480 (vgl. §§ 491, 493): „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.“ Bei der Gattungsschenkung und beim Gattungsvermächtnis kann der Beschenkte und der Vermächtnisnehmer dagegen nach §§ 524, 2183 regelmäßig nur

Digitized by Google

2. Tragung der Gefahr.

Der hauptsächliche praktische Unterschied zwischen Spezies- und Genusschuld wird durch die (nicht klassische) Regel hervorgehoben: „Species perit ei, cui debetur, genus perire non censetur." Das bedeutet:

Ist Leistungsgegenstand eine von vornherein bestimmte Sache, so wird mit deren Untergange die Erfüllung unmöglich. Tritt die Unmöglichkeit zur Leistung als Folge eines Umstands ein, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, insbesondere durch einen Zufall, so wird er, wie unten (S. 107) darzulegen ist, von der Verpflichtung zur Leistung frei (BGB. § 275). Bei Speziesschulden trägt daher der Gläubiger die Gefahr zufälligen Untergangs, oder, wie man kurz sagt, „die Gefahr" (periculum est creditoris).

Bei der Gattungsschuld dagegen tritt eine Unmöglichkeit der Leistung erst dann ein, wenn die ganze Gattung untergegangen ist. Solange also die Leistung aus der Gattung überhaupt noch möglich ist, kann der Schuldner sich nicht darauf berufen, daß die von ihm zur Leistung etwa ins Auge gefaßten oder zu diesem Zweck erworbenen Gegenstände untergegangen sind; oder, wie BGB. § 279 dies ausdrückt: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."[7])

Nachlieferung einer mangelfreien Sache und nur bei arglistigem Verschweigen des Fehlers Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

[7]) Der Satz „species perit ei, cui debetur" hat eine besondere Bedeutung für die gegenseitigen Verträge (unten S. 214). Für das Gemeine Recht ist nämlich zwischen Veräußerungsgeschäften und anderen gegenseitigen Verträgen zu unterscheiden. Bei ersteren hat, wie unten S. 214[4] darzulegen ist, die Regel, daß bei Speziesschulden der Gläubiger „die Gefahr" trägt, nicht nur die Bedeutung, daß der Veräußerer bei unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit seiner Leistungspflicht ledig wird, sondern die weitere, daß der Gegner, trotzdem er nichts erhält, seine Gegenleistung machen muß. Wenn also A. von B. dessen Jagdhund kauft, so muß er nach Gemeinem

Digitized by Google

c. Umwandelung der Genusschuld in Speziesschuld.

1. Zeitpunkt.

Nach dem eben Gesagten ist die Frage von Wichtigkeit, in welchem Augenblicke die Ausscheidung mit rechtlicher Wirkung dem Gegner gegenüber als vollzogen gelten muß; denn dann wandelt sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld um und das Schuldverhältnis ist den für die Gattungsschuld maßgebenden Grundsätzen nun nicht mehr unterworfen.

Nach Gemeinem Recht herrscht über den Zeitpunkt der rechtswirksamen Ausscheidung („Konkretisierung") ein berühmter Streit. Darüber herrscht natürlich Einigkeit, daß sich die Gattungsschuld mit der wirklichen Erfüllung oder der Vereinbarung der Parteien über die zu leistenden Gattungsstücke „konkretisiert". Streitig ist jedoch, wann die von dem Wahlberechtigten, also regelmäßig dem Schuldner (S. 15), einseitig vorgenommene Ausscheidung diese Umwandelung herbeiführt. Von den vielen aufgestellten Meinungen sind zwei als die bekanntesten zu erwähnen.

α. Nach der von Thöl aufgestellten, früher herrschend gewesenen sog. Ausscheidungstheorie soll sich die Gattungsschuld schon dadurch in eine Speziesschuld umwandeln, daß der Schuldner die Auswahl vornimmt und der Gläubiger davon Kenntnis erhält.

β. Nach der Iheringschen Erfüllungs- oder Lieferungstheorie soll sich die Umwandelung dagegen

---

Recht den Kaufpreis auch dann zahlen, wenn der Hund vor der Übergabe durch Zufall untergeht (periculum est emtoris). Für andere gegenseitige Verträge, insbesondere die Miete, gilt diese Besonderheit nicht (periculum est locatoris). Nach ALR. (I, 11 § 95) und BGB. (§ 323) dagegen verliert die Partei, welche eine Spezies zu leisten hat, bei deren von ihr nicht zu vertretendem Untergang in allen Fällen den Anspruch auf die Gegenleistung. Nach ALR. und BGB. hat also der Satz „der Empfangsberechtigte einer species trägt die Gefahr" zwar den Sinn, daß er beim zufälligen Untergange nicht Leistung oder Schadensersatz wegen Nichtleistung beanspruchen kann, nicht aber den weiteren, daß er seinerseits zur Leistung verpflichtet ist, ohne die Gegenleistung zu erhalten.

Digitized by Google

erst dann vollziehen, wenn der Schuldner seiner Leistungspflicht wirklich genügt hat.

Das BGB. hat sich der Erfüllungstheorie angeschlossen. § 243 Abs. 2 bestimmt: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen (— nämlich einer nur der Gattung nach bestimmten —) Sache seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache."[8])

2. Rechtsfolgen der Umwandelung.

Mit der „Konkretisierung" wird die bisherige Gattungsschuld zu einer Speziesschuld. Nunmehr geht also die Gefahr in dem S. 17[7] erläuterten Sinne vom Schuldner auf den Gläubiger über, d. h. der Schuldner ist bei zufälligem Untergange der ausgeschiedenen Sache von seiner Leistungspflicht frei, der Gläubiger kann sich auf BGB. § 279 nicht mehr berufen. Andererseits hat der Gläubiger nun aber auch einen Anspruch auf die ausgeschiedene Sache, der Schuldner kann ihm also gegen seinen Willen nicht andere Sachen derselben Gattung aufdrängen.[9])

---

[8]) Der späteste Zeitpunkt, in dem der Schuldner das „seinerseits Erforderliche" gethan hat, ist jedenfalls der Augenblick der Übernahme der ausgeschiedenen Sache durch den Gläubiger. In vielen Fällen, besonders dann, wenn eine Übersendung stattzufinden hat, ist aber schon ein früherer Zeitpunkt maßgebend. Dies tritt dann ein, wenn der Gläubiger durch unberechtigte Weigerung der Übernahme in Verzug gerät (BGB. § 300 Abs. 2, unten S. 150), aber auch in allen den Fällen, in denen der Schuldner schon mit der Absendung der Sache das ihm Obliegende erfüllt hat. Ob ein solcher Fall vorliegt, das hängt von der Art des einzelnen Schuldverhältnisses ab. Hierbei greifen die Grundsätze über den Erfüllungsort ein (unten S. 82 ff.). Hat der Schuldner, wie der Regel nach (S. 87), an seinem Wohnsitze zu erfüllen, aber vertragsgemäß die Sache dem Gläubiger zu übersenden, so hat er mit der Absendung (Übergabe an Post, Spediteur, Frachtführer, Schiffer) das „seinerseits Erforderliche" gethan. Ist der Erfüllungsort an einem anderen Orte, so hat er erst durch Übergabe an diesem Orte das Erforderliche gethan, erst dann tritt also die „Konkretisierung" ein.

[9]) Natürlich darf dieser Anspruch des Gläubigers nicht in Chikane ausarten. Wenn zB. A. in Köln bei B. in Berlin 200 Ctr. Stabeisen bestellt, B. sie absendet, während des Transportes aber an einen anderen Kunden, der sie dringender braucht, gehen läßt und an A. andere 200 Ctr. schickt, so kann B. deren

Digitized by Google

§ 70. Wahlschuld.

a. Begriff.

Ein Wahlschuldverhältnis (Alternativobligation) ist vorhanden, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Aus dieser dem BGB. § 262 entnommenen Begriffsbestimmung ergiebt sich:

1. Mehrere Leistungsgegenstände werden durch das Schuldverhältnis umfaßt, sind „in obligatione", aber nur einer derselben ist zur Erfüllung zu leisten, ist „in solutione". Da sämtliche Leistungsgegenstände „in obligatione" sind, hat der Schuldner hinsichtlich aller diejenigen Pflichten, die er bei einfachem Schuldverhältnisse betreffs des Schuldgegenstands hat, was besonders in dem unten (S. 26) besprochenen Falle des Unmöglichwerdens einer der Leistungen bedeutungsvoll ist.[1])

Dadurch, daß mehrere Leistungsgegenstände von vornherein in obligatione sind, unterscheidet sich das Wahlschuldverhältnis von der sog. Obligation mit facultas alternativa. Hierbei ist nur ein Leistungsgegenstand in obligatione. Es ist aber entweder dem Schuldner ein-

---

Abnahme nicht mit der Begründung verweigern, daß er die zuerst an ihn abgesandten 200 Ctr. zu beanspruchen habe. Dem würde die auch nach BGB. anzuerkennende exceptio (oder replicatio) doli generalis entgegenstehn (I, 247; III, 623[1], unten S. 36).

[1]) Eine andere Folge des Grundsatzes, daß bei der Alternativobligation jeder der Leistungsgegenstände „in obligatione" ist, enthält l. 128 D. de verb. obl. 45, 1 . . . qui Stichum aut Pamphilum stipulatur (das regelmäßige Quellenbeispiel für Wahlschuldverhältnisse), si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit eius esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem. Zum Verständnis ist darauf hinzuweisen, daß nach rR. der Kauf der eigenen Sache des Käufers nichtig ist. Steht also einer der beiden verkauften Sklaven zur Zeit des Kaufabschlusses im Eigentume des Käufers, so kann er doch nicht geleistet werden, selbst wenn er z.B. der Erfüllung nicht mehr im Eigentume des Käufers steht. Denn beide Sklaven waren von vornherein „in obligatione" und das Schuldverhältnis hatte sich in Folge der Unmöglichkeit der Leistung des einen auf den anderen beschränkt (S. 26).

Digitized by Google

geräumt, statt des Gegenstands einen anderen zu leisten, oder dem Gläubiger, einen anderen zu fordern; es ist also noch ein zweiter Gegenstand „in solutione". Praktisch unterscheiden sich diese Schuldverhältnisse von der Alternativobligation dadurch, daß bei facultas alternativa mit Fortfall des Leistungsgegenstands das Schuldverhältnis in sich zusammenfällt, während bei der Alternativobligation regelmäßig (S. 27[3]) Konzentration eintritt.[2])

2. Die Möglichkeit einer Wahl giebt der Alternativobligation eine gewisse Unbestimmtheit; diese bezieht sich aber nur darauf, was, nicht darauf, ob geleistet werden soll („quid debeat esse in ejus arbitrio, an debeat non esse", l. 2 § 3 D. 13, 4). Die Wahlschuld ist also keine bedingte Schuld; während daher bedingte Vermächtnisse nach rR. unvererblich waren (III, 488), gingen Wahlvermächtnisse auf die Erben über (l. 19 D. 33, 5).

Auch bei der Gattungsschuld findet eine erst durch eine Auswahl zu beseitigende Unbestimmtheit statt, und es giebt Fälle, in denen die Entscheidung, ob Gattungs- oder Wahlschuld vorliegt, schwierig ist. Wie schon S. 14[2] dargelegt,

---

[2]) Es bieten Beispiele einer facultas alternativa

α. des Schuldners: die römischen Noxalklagen (I, 235[3]), wobei sich der Eigentümer des schädigenden Hauskindes, Sklaven oder Tieres durch dessen Hingabe von der ihm obliegenden Schadensersatzpflicht befreien kann; ferner die laesio enormis, wonach der Käufer die Rückgabe der unter der Hälfte des Wertes gekauften Sache durch Nachzahlung bis zum vollen Wert abwenden kann; endlich aus dem BGB. die §§ 251 Abs. 2 (der eigentlich zur Herstellung des früheren Zustandes verpflichtete Schädiger kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist), 1973 Abs. 2, 1992 (der Erbe kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände an einen im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger oder, bei Überlastung des Nachlasses mit Vermächtnissen, an den Vermächtnisnehmer durch Zahlung des Wertes abwenden), 2329 (der Beschenkte kann die Herausgabe des Geschenkes an den in seinem Pflichtteil verletzten Erben durch Zahlung des zur Ergänzung des Pflichtteils erforderlichen Betrages abwenden); vgl. S. 24[5];

β. des Gläubigers: aus dem BGB. die §§ 340 (der Gläubiger kann bei einer für den Fall der Nichterfüllung versprochenen Vertragsstrafe statt der Erfüllung die verwirkte Strafe

Digitized by Google

ist der praktisch bedeutsame[3]) Unterschied darin zu finden, daß beim Wahlschuldverhältnisse die in Betracht kommenden Leistungsgegenstände von den Beteiligten als Sachindividuen, bei der Gattungsschuld nur nach Merkmalen ins Auge gefaßt werden. Übrigens kann das Wahlschuldverhältnis hinsichtlich aller Leistungsgegenstände oder nur eines derselben nur der Gattung nach bestimmt sein (ich verspreche mein Pferd Pluto oder ein gleichwertiges Reitpferd zu liefern). Auch kann der Leistungsgegenstand bestimmt und die Wahl nur betreffs gewisser Erfüllungsumstände (Art, Ort, Zeit) offen sein (1000 Centner Gußstahl franko

---

verlangen); 1345—1347 (Wahlrecht des unschuldigen Ehegatten einer für nichtig erklärten Ehe betreffs der vermögensrechtlichen Wirkungen).

[3]) Das zeigt sich besonders bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung. Nach rR. geht zB. die Gefahr beim Kaufe schon mit Abschluß des Kaufvertrags auf den Käufer über (II, 486), mit der Wirkung, daß der Kaufpreis auch bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Lieferung zu zahlen ist (S. 214[4]). Das hat bei alternativem Kaufe die Folge, daß die Gefahr des zuerst untergehenden Gegenstands den Verkäufer trifft (weil dadurch eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den anderen Gegenstand eintritt, unten S. 26), die des zuletzt untergehenden jedoch den Käufer; vgl. l. 34 § 6 D. 18, 1: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus", in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est: ed ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Bei der Gattungsschuld trägt dagegen der Verkäufer alle Gefahr (l. 35 § 7 D. 18, 1). Nach BGB. ist, wie S. 17 dargelegt, bei vom Gegner nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung auch die Gegenleistung nicht zu machen. Hier zeigt sich der praktische Unterschied zwischen Wahl- und Gattungsschuld daher nur darin, daß der Schuldner bei der Wahlschuld mit unverschuldetem Fortfall aller Leistungsgegenstände von der Verpflichtung zur Leistung frei wird (§ 275), während er bei der Gattungsschuld sein Unvermögen zur Leistung so lange zu vertreten hat, als die Leistung aus der Gattung noch möglich ist (§ 279).

Ein fernerer Unterschied liegt nach BGB. in der Art, wie die Beschränkung auf einen bestimmten Leistungsgegenstand eintritt. Bei der Wahlschuld (§ 263, unten S. 25) geschieht dies durch eine empfangsbedürftige Erklärung, bei der Gattungsschuld (§ 243 Abs. 2) erst durch Leistung in dem S. 19 dargelegten Sinne.

Digitized by Google

Bochum zu 20 Mk. oder franko Berlin zu 21 Mk. oder franko Memel zu 22 Mk. den Centner, nach Wahl des Käufers).

b. Wahlberechtigung.

Die Wahlbefugnis kann dem Gläubiger, dem Schuldner oder einem Dritten zustehen. „Im Zweifel", d. h. mangels einer durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmten Ausnahme, hat sowohl nach Gemeinem Recht (zB. l. 25 pr. D. 18, 1) als auch nach ALR. I, 5 § 274 und nach BGB. § 262 der Schuldner die Wahl.[4]) Ist sie durch Rechtsgeschäft einem Dritten (extraneus, l. 141 § 1 D. 45, 1) zugewiesen, so gilt die Vornahme der Auswahl als Bedingung für den Bestand des Rechtsgeschäfts.

Das Wahlrecht ist ein Bestandteil des Schuldverhältnisses, es steht daher sowohl dem Cessionar des wahlberechtigten Gläubigers als demjenigen zu, der in Folge einer Schuldübernahme (vgl. BGB. §§ 414, 415, unten S. 344) an die Stelle des wahlberechtigten Schuldners getreten ist.

Streitig war bisher die Frage, wie vorzugehen ist, wenn der Wahlberechtigte sein Wahlrecht auszuüben unterläßt. Die nach dieser Richtung bestehenden Zweifel (vgl. ERG. 12, 184) sind durch BGB. § 264 dahin gelöst worden:

„Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner

---

[4]) Dem Gläubiger steht kraft Gesetzes im Zweifel das Wahlrecht zu:

α. nach Gemeinem Recht beim Wahlvermächtnisse (der Legatar, nicht der belastete Erbe hat die Wahl, l. 34 § 14 D. 30, l. 23 D. 31); anders nach ALR. I, 12 § 388 und BGB. § 2154;

β. nach ALR. beim Kaufe (der hinsichtlich der Kaufsache als Gläubiger anzusehende Käufer hat die Wahl, I, 11 § 38); anders nach GemR. (l. 25 pr., l. 34 § 6 D. 18, 1) und nach BGB.

Das BGB. enthält keinen Fall gesetzlicher Zuweisung des Wahlrechts an den Gläubiger; über die facultas alternativa des Gläubigers im Falle des § 340 s. S. 21[2].

Digitized by Google

Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.[5])

Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt."

---

[5]) Hiernach giebt es weder einen Anspruch auf Ausübung der Wahl, dergestalt, daß diese etwa nach den Vorschriften der CPO. § 888 (bisher § 774) über die Vollstreckung nicht fungibler Handlungen vollstreckt werden könnte (ebenso schon ERG. 8, 353), noch geht durch bloßen Verzug des wahlberechtigten Schuldners die Ausübung des Wahlrechts auf den Gläubiger über (ebenso schon ERG. 12, 186). Auch der Beginn der Zwangsvollstreckung hat nicht (wie dies für das bisherige Recht von den Meisten angenommen wird) den Übergang des Wahlrechts zur Folge. Vielmehr wird erst durch den wirklichen, wenn auch nur teilweisen Empfang der Leistung seitens des vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollziehers (CPO. § 754, bisher § 675) die dauernde Vereinheitlichung des Schuldverhältnisses herbeigeführt. Hiernach verwandelt sich die Wahlschuld mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung in eine einfache Schuld auf die vom Gläubiger gewählte Sache, mit **facultas alternativa** des Schuldners (S. 20). Wenn also zB. A. von B. 10 Stück Brennaborräder Nr. 8 zu je 200 Mk. oder 10 Stück Viktoriaräder Nr. 6 zu je 300 Mk. kauft, so muß A. bei Verzug des B. mit dem Antrage klagen: „den Beklagten zu verurteilen, nach seiner Wahl an Kläger 10 Stück Brennaborräder gegen Zahlung von je 200 Mk. oder 10 Stück Viktoriaräder gegen Zahlung von je 300 Mk. zu leisten." Das ist ein genügend „bestimmter Klageantrag" im Sinne des § 253 (bisher § 230) CPO. Ergeht ein diesem Antrag entsprechendes Urteil, so kann A. einem Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung mit dem Auftrag übergeben, dem B. gemäß CPO. § 756 (§ 676a.) 10 Viktoriaräder fortzunehmen und ihm dagegen 3000 Mk. zu zahlen. Bis der Gerichtsvollzieher das erste Viktoriarad in Besitz genommen hat, kann der als Verkäufer (nach BGB., S. 23[1]) wahlberechtigte B. die Wegnahme der Viktoriaräder durch sofortige Hingabe von 10 Brennaborrädern verhindern. Eine einfache Wahlerklärung genügt also in der Vollstreckungsinstanz nicht.

Digitized by Google

c. Umwandelung in einfache Schuld.

Die Wahlschuld verwandelt sich in eine Schuld mit einfachem Leistungsgegenstand — abgesehen von der Erfüllung und der vertragsmäßigen Änderung[6]) des dem Schuldverhältnisse zu Grunde liegenden Schuldvertrags — durch Ausübung des Wahlrechts und durch Unmöglichwerden einer der Leistungen.

1. Ausübung des Wahlrechts.

Nach rR. erfolgte die Umwandelung der Wahlschuld in eine einfache Schuld grundsätzlich nur durch vollständige Leistung des einen Leistungsgegenstands, wodurch das Schuldverhältnis zur Lösung gebracht wurde (l. 26 § 13 D. 12, 6). Vorher hatte der Wahlberechtigte ein jus variandi, auch wenn er schon eine bestimmte Erklärung abgegeben oder eine Leistung teilweise gemacht oder angenommen hatte.[7]) Dagegen bestimmt BGB. § 263 Abs. 1 in Übereinstimmung mit der (besonders von Ihering gegen Windscheid) auch schon für das moderne Gemeine Recht vertretenen Anschauung: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile." Hiernach ist die Wahlerklärung ein einseitiges, empfangsbedürftiges (III, 352)

---

[6]) Im rR. erfolgte die Beschränkung einer durch Stipulation begründeten Wahlschuld in der Form eines pactum de non petendo bezüglich des einen Leistungsgegenstands, l. 27 § 6 D. de pactis 2, 14.

[7]) Vgl. l. 138 § 1 D. 45, 1: Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest. In l. 112 pr. D. 45, 1 wird ein Unterschied zwischen den Formeln „quem voluero" und „quem volam" gemacht und bei ersterer Formel die Änderung der Wahlerklärung ausgeschlossen: „Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione. an autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, „quem voluero" an „quem volam": nam si talis fuerit „quem voluero", cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius et sit talis „quem volam", donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit."

Digitized by Google

Rechtsgeschäft. Die Erklärung kann formlos, auch stillschweigend, erfolgen, zB. seitens des wahlberechtigten Schuldners durch auch nur teilweise Leistung des einen Gegenstands, seitens des wahlberechtigten Gläubigers durch Klageerhebung (d. h. Klagezustellung, CPO. § 253, bisher § 230) auf den einen Leistungsgegenstand. Ein jus variandi findet nicht statt. Bei wiederkehrenden Leistungen, zB. wenn einem Altsitzer (II, 611) Verpflegung oder Geld nach seiner Wahl zugesagt ist, hat die Erklärung an jedem Leistungstermine zu erfolgen (l. 21 § 6 D. 19, 1). Einer Annahme der Erklärung seitens des Gegners bedarf es nicht. Vorausgesetzt ist jedoch, daß die an den anderen Teil ergehende Erklärung seitens des Wahlberechtigten in Kenntnis des ihm zustehenden Wahlrechts erfolgt ist, sonst ist eine Änderung der Erklärung zulässig und die Rückforderung des vom wahlberechtigten Schuldner etwa schon geleisteten Gegenstands erfolgt nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. ebenso Julian in l. 32 § 3 D. de condictione indebiti 12, 6, anders aber Celsus in l. 19 D. de leg. 31).

Als Folge der vollzogenen Wahl bestimmt BGB. § 263 Abs. 2 im Einklange mit dem bisherigen Recht: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete." Es tritt also — anders wie bei der Gattungsschuld, S. 18 — Rückwirkung ein.

2. Unmöglichkeit einer Leistung.

Ist bei bestehendem Wahlschuldverhältnis eine der Leistungen von vornherein unmöglich oder wird sie später unmöglich, so ist eine doppelte Auffassung denkbar. Entweder das Wahlrecht wird als ein so wesentlicher Bestandteil des Schuldverhältnisses angesehen, daß das Fortbestehen des Wahlrechts als condicio juris des Fortbestehens des Wahlschuldverhältnisses erscheint; das war die (in I, 11 §§ 33 ff. für den Kauf zum Ausdruck gelangte) Auffassung des ALR. Oder es tritt eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die übrigen Leistungen ein; diese Auffassung liegt dem Gemeinen Recht (vgl. l. 34 § 6

Digitized by Google

D. 18, 1, l. 16 pr. D. 45, 1, l. 72 § 4, l 95 § 1 D. 46, 3) und dem BGB. § 265 zu Grunde. Nur soll nach BGB. § 265 Satz 2 die Beschränkung auf die übrigen Leistungen nicht eintreten, „wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat".[8])

§ 71. Teilbarkeit der Leistung.

a. Begriff.

Wie für die körperlichen Sachen (III, 341), so ist auch bezüglich der Leistungen zwischen Teilbarkeit im natür-

[8]) Hieraus ergeben sich für das BGB. nachstehende Folgerungen:

a. Der Schuldner hat das Wahlrecht und eine Leistung ist unmöglich:

1. in Folge eines vom Schuldner oder von keinem Teile zu vertretenden (hierüber unten S. 119 ff.) Umstandes. Dann beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die noch möglichen Leistungen. Nach rR. hatte der Schuldner bei von ihm nicht verschuldeter Unmöglichkeit die **facultas alternativa**, dem Gläubiger statt des übrig gebliebenen Gegenstands den Wert des unmöglich gewordenen zu leisten (l. 47 § 3 D. 30);

2. in Folge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstands. Dann tritt keine Beschränkung auf die noch möglichen Leistungen ein, vielmehr behält der Schuldner sein Wahlrecht. Wählt er die unmöglich gewordene Leistung, so gilt diese nach § 263 Abs. 2 als die von Anfang an allein geschuldete (oben S. 26). Der Schuldner wird deshalb gemäß § 275 von der Verpflichtung zur Leistung frei und erhält bei gegenseitigen Verträgen trotzdem die Gegenleistung (§ 323 Abs. 1). Wählt er eine der noch möglichen Leistungen, so kann er, falls die Leistung des untergegangenen Gegenstandes ihm vorteilhafter gewesen wäre, nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.) Schadensersatz verlangen.

b. Der Gläubiger hat das Wahlrecht und eine Leistung ist unmöglich:

1. in Folge eines vom Gläubiger oder von keinem Teile zu vertretenden Umstands. Dann tritt Beschränkung auf die noch möglichen Leistungen ein;

2. in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands. Dann kann der Gläubiger entweder Schadensersatz für die unmöglich gewordene Leistung (§§ 280 ff.) oder eine der noch möglichen Leistungen und Schadensersatz für den ihm durch Entziehung der Möglichkeit, die untergegangene Leistung zu wählen, verursachten Schaden verlangen.

Digitized by Google

lichen Sinne und im Rechtssinne zu unterscheiden. Die unten zu erörternden, für teilbare und unteilbare Leistungen gegebenen besonderen Grundsätze kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Leistung im Rechtssinne teilbar ist. Eine Leistung ist nun im Rechtssinne nur dann teilbar, wenn die Erfüllung ohne Beeinträchtigung des Rechtes des Gläubigers in Teilen erfolgen kann.[1]) Hierbei ist es gleichgültig, ob die Erfüllung nach reellen oder nach ideellen Teilen (III, 76) möglich ist; auch in letzterem Falle gilt die Leistung als teilbar, während es bei der Frage der Teilbarkeit körperlicher Sachen naturgemäß nur auf die Möglichkeit der Zerlegung in wirkliche Teile ankommt.

Das BGB. hat die Frage der Teilbarkeit der Wissenschaft überlassen. Legt man die Einteilung der Schuldverhältnisse in solche auf ein dare (Eigentumsverschaffung) und solche auf ein facere (sonstige Leistung) zu Grunde (S. 12), so kann man sagen, daß Leistungen auf ein dare regelmäßig teilbar, Leistungen auf ein facere regelmäßig unteilbar sind. Es finden aber nach beiden Richtungen Ausnahmen statt.[2])

---

[1]) Wenn zB. Schneider A. sich verpflichtet, dem B. ein Paar Hosen nach Maß zu liefern, so ist die Leistung im natürlichen Sinne teilbar, indem A. den Stoff zuschneidet, zusammennäht, Futter einsetzt usw. Im Rechtssinne ist die Leistung nicht teilbar.

[2]) *α*. Auf ein **dare** gehende Leistungen sind regelmäßig teilbar. Dies trifft vor allem bei Schuldverhältnissen zu, deren Gegenstand im Verkehre nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmte Sachen (sog. Quantitäten) sind. Betreffs des **dare** einer einzelnen Sache kann es sich nur um eine Teilbarkeit nach ideellen Teilen handeln. Denn die Erfüllung der Verpflichtung, zB. eine Kuh zu leisten, ist reell nicht teilbar. Aber auch eine ideelle Teilung wurde von den Römern nur hinsichtlich des Gebens speziell, nicht auch generell oder alternativ bezeichneter Sachen anerkannt. Bei Gattungs- und Alternativschulden hätte es für den Empfänger keinen praktischen Wert, wenn von zwei Schuldnern der eine die ideelle Hälfte der Sache X, der andere die der Sache Y leisten würde. Die Eigentumsverschaffung an dem ideellen Teil einer Gattungssache oder einer alternativ geschuldeten Sache wird deshalb nur dann wirksam, wenn später der ideelle Rest derselben Sache verschafft wird; vgl. l. 2 § 1 D. 45, 1, l. 26 §§ 13, 14 D. 12, 6 und besonders l. 9 § 1

Digitized by Google

b. Rechtliche Bedeutung.

1. Die rechtliche Bedeutung der Frage nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung liegt zunächst darin, daß bei teilbaren Leistungen eine teilweise Erfüllung möglich ist. Das bedeutet aber nicht etwa, daß der Schuldner bei teilbaren Leistungen zu teilweiser Erfüllung berechtigt ist. Vielmehr bestimmt BGB. § 266 in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht (z. B. l. 41 § 1 D. 22, 1, ALR. I, 16 § 57): „Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt." Daher braucht der Gläubiger, sofern nicht eine rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Ausnahme vorliegt,[3]) auch bei teilbaren Leistungen teilweise Erfüllung

---

D. 46, 3: **Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent: item qui Stichum (Speziessache) debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. qui autem hominem (Gattungssache) debet, partem Stichi dando nihilo minus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest. sed si debitor reliquam partem Stichi solverit vel per actorem steterit, quo minus accipiat, liberatur.** Die Verpflichtung zur Bestellung einer Servitut ist unteilbar, mit Ausnahme des Nießbrauchs.

β. Auf ein facere oder non facere gehende Leistungen sind regelmäßig unteilbar. Doch kommt es auch hier stets auf den einzelnen Fall an. Die Verpflichtung zur Leistung von Arbeiten zB. kann unteilbar sein, wenn der Gläubiger einen bestimmten einheitlichen Erfolg verwirklicht sehen will, und teilbar, wenn auch die teilweise Leistung als teilweise Erfüllung gelten muß; vgl. l. 72 D. 45, 1: **Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam (Gebäude) fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem.** Ulpian hält hiernach auch die Übergabe eines Grundstücks für eine unteilbare Leistung, was viel Zweifel hervorgerufen hat.

γ. Auch die unteilbare Leistung wird teilbar, wenn sie sich in eine Schadenserfatzleistung umwandelt; vgl. l. 72 pr. D. 45, 1, letzter Satz. Doch ist dies wegen l. 25 § 10 D. 10, 2, l. 2 § 2 D. 45, 1 streitig.

[3]) Ausnahmen von dem Grundsatze, daß der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist, kommen vor:

a. kraft Rechtsgeschäfts. Vielfach ist der Schuldner vertragsmäßig zu Teilleistungen (Ratenzahlung) berechtigt. In neuerer Zeit

Digitized by Google

nicht anzunehmen, d. h. er kommt bei Verweigerung der Annahme einer Teilleistung nicht in Annahmeverzug (S. 150). Werden außer einem Kapital Nebenleistungen (Zinsen, Kosten) geschuldet, so gehört auch deren Mitleistung zur vollständigen

---

hat sich vor allem das Abzahlungsgeschäft zu einer, besonders für die minder begüterten Klassen wichtigen Geschäftsart ausgebildet, die zur Verhinderung der Ausbeutung der „auf Abzahlung" Kaufenden sogar einer besonderen reichsrechtlichen Regelung unterworfen worden ist.

Das RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 bestimmt in § 1: „Hat bei dem Verkauf einer dem Käufer übergebenen beweglichen Sache, deren Kaufpreis in Teilzahlungen berichtigt werden soll, der Verkäufer sich das Recht vorbehalten, wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen von dem Vertrage zurückzutreten, so ist im Falle dieses Rücktritts jeder Teil verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig." Nach § 4 kann eine wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen verwirkte unverhältnismäßig hohe und noch nicht entrichtete Vertragsstrafe im Prozeßwege auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden, vgl. hierüber unten S. 228. Ferner kann die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben soll, rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mit mindestens zwei auf einander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise im Verzug ist und der Betrag, mit dessen Zahlung er im Verzug ist, mindestens dem zehnten Teile des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt (S. 235[8]). Lotterielose und Inhaberpapiere mit Prämien dürfen bei Geldstrafe bis 500 Mk. gegen Teilzahlungen nicht verkauft werden (§ 7). Das Gesetz findet keine Anwendung, wenn der Abzahlungskäufer ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann ist (§ 8).

Von dem Falle der durch Rechtsgeschäft dem Schuldner gewährten Befugnis, eine einheitliche Verpflichtung durch Teilleistungen zu erfüllen, sind die Fälle zu scheiden, bei denen aus demselben Rechtsgeschäfte dem Schuldner die Leistung mehrerer Gegenstände obliegt, wo also eine Mehrheit selbständiger Verpflichtungen nur zufällig in demselben Rechtsakte zusammengefaßt ist. Hierbei kann der Schuldner natürlich, ohne daß er einer besonderen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Ermächtigung bedarf, jede der selbständigen Leistungen allein machen. Ob bei der Zusammenfassung mehrerer Leistungsgegenstände in einen Rechtsakt eine einheitliche Verpflichtung geschaffen werden sollte (zB. Kauf eines Viergespanns) oder ob eine Mehrheit von Verpflichtungen nur einheitlich zusammengefaßt ist (Verkauf mehrerer Grundstücke im gleichen Vertrage), das ist nach

Digitized by Google

Erfüllung (vgl. BGB. § 367). Bei gegenseitigen Verträgen kann die ganze Leistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden (BGB. § 320, vgl. jedoch Abs. 2; unten S. 211)[4].

Lage des einzelnen Falles, insbesondere der Absicht der den Rechtsakt Vornehmenden zu beurteilen (l. 29 D. 45, 1). Die Bestimmung eines einheitlichen Preises ist jedenfalls nicht entscheidend. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung zeigt sich, abgesehen von der Zulässigkeit von Teilleistungen, zB. im Falle eines Kaufes bei der Frage der Zulässigkeit teilweiser Wandelung (BGB. § 469).

b. *Kraft Gesetzes* ist der Schuldner in einzelnen Fällen zu Teilleistungen berechtigt:

1. Nach WO. Art. 38, 39 darf der Inhaber des Wechsels eine ihm (vom Bezogenen) angebotene Teilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der vorgeschriebenen Summe erfolgt ist. Die Teilzahlung ist auf dem Wechsel abzuschreiben und es ist darüber auf einer Wechselabschrift Quittung zu leisten. Verweigert der Wechselinhaber die Annahme der Teilzahlung, so geht er insoweit seines Regresses verlustig. Dieses Teilzahlungsrecht gilt jedoch nur bis zur Protesterhebung; nach dieser können Teilzahlungen zurückgewiesen werden (Art. 48).

2. L. 21 D. 12, 1 bestimmt: **Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.** Hieraus wird von Vielen für das Gemeine Recht geschlossen, daß der Gläubiger nach Klageerhebung zur Annahme von Teilzahlungen verpflichtet sei. Das BGB. hat eine derartige Vorschrift (vgl. ALR. I, 16 § 219) nicht aufgenommen. Ist jedoch gemäß CPO. § 301 (alte CPO. § 273) ein vollstreckbares Teilurteil ergangen, so muß der Schuldner für berechtigt erachtet werden, die ihm hieraus drohende Zwangsvollstreckung durch Tilgung dieses Teils abzuwenden. Ferner werden im Konkurse durch Zwangsvergleich (I, 379) vielfach Ratenzahlungen festgesetzt, denen sich auch die überstimmten Gläubiger fügen müssen. Die ehemaligen richterlichen Moratorien sind beseitigt (I, 381[5]). Keine Befugnis des Schuldners zu Teilleistungen, sondern eine Beschränkung seiner Gesamtleistung enthalten die Vorschriften der CPO. §§ 811, 850 (alte CPO. §§ 715, 749, unten S. 160) sowie das **beneficium competentiae** (unten S. 158).

3. Eine teilweise Tilgung kann der Schuldner herbeiführen, wenn er gegen die Forderung des Gläubigers eine geringere Forderung zur Aufrechnung bringt, unten S. 279.

[4]) Ist nach dem oben Gesagten der Schuldner zu Teilleistungen grundsätzlich nicht berechtigt, so ist umgekehrt eine teilweise Geltend-

Digitized by Google

2. Nur bei teilbaren Leistungen kann ferner eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung von Bedeutung sein. Hierüber ist unten (S. 109) bei der Lehre von der Unmöglichkeit zu sprechen (vgl. BGB. §§ 280, 307, 323).

machung der Forderung durch den Gläubiger zulässig und nur ausnahmsweise, zumeist im Interesse des Schuldners, ausgeschlossen.

α. Einer teilweisen Abtretung der Forderung des Gläubigers kann der Schuldner regelmäßig nicht widersprechen (vgl. BGB. §§ 1151 ff. hinsichtlich der Teilhypotheken und RGrundbuchordn. § 61 über die Bildung des Teilhypothekenbriefs). Seine Verpflichtung darf jedoch durch die hierdurch herbeigeführte Vermehrung der Gläubiger nicht erschwert werden, insbesondere braucht er bei verzinslichen Forderungen sich auf eine teilweise Zinszahlung nicht einzulassen. Ausgeschlossen ist die teilweise Übertragung der in einem Wertpapiere verkörperten Forderungen, insbesondere das Teilindossament eines Wechsels (ERG. 11, 148).

β. Nach einer Pr. Verordnung vom 8. Februar 1811 „betr. die Kündigung und Abzweigung oder Partialcession der Schuldverschreibungen" haben bei kündbaren Schuldforderungen beide Teile das Recht, die Kündigung auf einen Teil zu beschränken. Auf eine solche Teilkündigung kann der Gegner jedoch sofort die ganze Schuld kündigen. Ferner ist die Teilcession gestattet und der Teilcessionar zur Kündigung seines Teils selbständig befugt. Auch hier kann der Schuldner jedoch auf eine derartige Teilkündigung mit einer Kündigung der ganzen Forderung antworten.

Das BGB. hat diese zum Schutze des Schuldners erlassenen Vorschriften nicht übernommen.

γ. Der Gläubiger ist zur gerichtlichen Geltendmachung, wie der ganzen Forderung, so auch eines Teils derselben befugt. Hierdurch kann der Schuldner sehr geschädigt werden. Wenn zB. A. von B. 3000 Mk. zu fordern hat, so kann er, wenn er 10 Klagen zu je 300 Mk. einreicht, die Entscheidung des ganzen Prozesses vom Landgericht ans Amtsgericht bringen und den Schuldner somit der Revisionsinstanz berauben. Ferner sind die ergehenden Urteile auf Antrag auch ohne die bei mehr als 300 Mk. erforderliche Sicherheitsleistung (CPO. §§ 709[4], 710, bisher 649[4], 650) für vorläufig vollstreckbar zu erklären, und endlich betragen die Kosten der 10 Prozesse um je 300 Mk. das Vielfache der Kosten eines Prozesses um 3000 Mk.

Der Schuldner kann sich hiergegen nur durch einen Antrag auf Verbindung der Prozesse (CPO. § 147, bisher § 138) schützen. Hierzu ist jedoch erforderlich, daß die Prozesse sämtlich bei demselben Gericht anhängig sind und die Zuständigkeit des angerufenen Amtsgerichts bleibt trotz der Verbindung bestehen. Bestreitet der Schuldner freilich die ganze Schuld, so kann er durch Inzidentfeststellungswiderklage (I, 254[11]) die Unzuständigkeit des Amtsgerichts herbeiführen (CPO. § 506, bisher § 467).

Digitized by Google

3. Die rechtliche Bedeutung des Unterschieds zwischen teilbarer und unteilbarer Leistung tritt endlich besonders dann hervor, wenn auf der Gläubigerseite oder der Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt sind. Hierüber ist unten (S. 353) bei der Lehre von der Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern zu sprechen (BGB. §§ 420, 428, 431, 432).

III. Kapitel. Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Art und Umfang der Leistung.

§ 72. Übersicht. Leistung nach Treu und Glauben.

a. Übersicht.

Im vorigen Kapitel ist über den Leistungsgegenstand, d. h. darüber gesprochen worden, welche Leistung kraft eines Schuldverhältnisses geschuldet wird und gefordert werden darf. Hier ist nunmehr der Inhalt der Leistungspflicht festzustellen. Dazu gehört zunächst die Erörterung, wie die Leistung beschaffen sein muß, um der durch das Schuldverhältnis begründeten Leistungspflicht zu entsprechen (I. Art und Umfang der Leistung, §§ 72—76). Alsdann ist festzustellen, an welchem Ort und zu welcher Zeit die Leistung zu erfolgen hat (II. Ort und Zeit der Leistung, §§ 77, 78), sowie welche Folgen die Unmöglichkeit einer Leistung (III. Unmöglichkeit der Leistung, §§ 79—81) und ihre Verzögerung (IV. Verzug, §§ 82, 83) nach sich ziehen. Endlich ist darzulegen, durch welche Rechtsbehelfe der Schuldner zur Bewirkung der Leistung gezwungen werden kann (V. Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse, §§ 84—86).

b. Leistung nach Treu und Glauben.

Das BGB. stellt in § 242 an die Spitze des Rechts der Schuldverhältnisse den Satz: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Damit

Digitized by Google

hat einer der bedeutsamsten, den modernen Rechtsverkehr beherrschenden Grundsätze gesetzlichen Ausdruck gefunden.

1. Geschichtliche Entwickelung.

Die Rechtsanwendung hat (I, 15) zwischen zwei Gegensätzen: dem strictum jus und der aequitas zu vermitteln. Im unentwickelten Rechtssysteme, bei unvollkommenen Rechtseinrichtungen und dem Mangel eines durchgebildeten und weitsichtigen Richtertums wird stets die Neigung bestehen, ängstlich an den Worten des Gesetzes (III, 37) wie des Rechtsgeschäfts (III, 440) zu haften und jede freiere, die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigende Auslegung als unsicher zu verwerfen.

So waren auch dem älteren römischen Rechte (jus civile) Schuldverhältnisse unbekannt, bei denen die Bestimmung der Art und des Umfangs der Leistung dem richterlichen Ermessen überlassen war. Erst durch das prätorische Recht wurde bei den durch dieses geregelten Schuldverhältnissen die Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles zugelassen und man stellte nunmehr den actiones stricti juris die actiones bonae fidei entgegen. [1])

---

[1]) Diese Unterscheidung hatte, wie I, 238[5] dargelegt, im Formularprozeß eine prozessuale und eine materielle Bedeutung.

α. Bei den stricti juris actiones ging die intentio der Formel (I, 232) auf ein bloßes „dare facere oportere," bei den actiones bonae fidei erhielt sie aber noch einen den judex (Geschworenen, I, 173) zu freierer Beurteilung anweisenden Zusatz, z.B. bei der actio rei uxoriae: „quantum aequius melius sit", bei der actio fiduciae: „ut inter bonos bene agier oportet", später allgemein: „quidquid N[m] N[m] A[o] A[o] dare facere oportet ex fide bona" (I, 234).

β. Die materielle Bedeutung der Unterscheidung liegt in der freieren Stellung (liberum officium judicis) des Geschworenen bei den bonae fidei actiones. Vor allem kann bei stricti juris actiones der Beklagte ein unlauteres Verhalten des Klägers nur dann rügen, wenn er für die Aufnahme einer exceptio doli in die formula Sorge getragen hatte; dagegen heißt es von den bonae fidei judicia: „doli exceptio bonae fidei judiciis inest" I, 248). Über die sonstige Bedeutung der Klausel ex fide bona vgl. I, 238[5].

Zu bemerken ist übrigens, daß bona fides in der hier in Frage kommenden Bedeutung von „Treu und Glauben" einen ganz

Digitized by Google

Auch nach Beseitigung des Formularverfahrens und damit der prozessualen Bedeutung des Unterschieds zwischen actiones bonae fidei und stricti juris behielt die Unterscheidung eine gewisse praktische Bedeutung insofern, als bei den ehemaligen bonae fidei actiones der billigen Abwägung des Richters ein größerer Spielraum gewährt wurde, als bei den stricti juris actiones. Nach modernem Gemeinen Recht ist dagegen mit der herrschenden Meinung (hiergegen Windscheid) irgend ein praktischer Unterschied in der Behandlung der Rechtsgeschäfte nicht anzuerkennen. Das Gleiche gilt für das ALR. (trotzdem dieses eines ausdrücklichen Hinweises auf die Beachtung der bona fides entbehrt) und kraft gesetzlicher Vorschrift für das französische (Code civil art. 1134, 1135) und sächsische Recht (Sächs. BGB. § 858). Nur für den Wechselverkehr gelten wegen der formalen Natur dieses Rechtsgebildes besondere Grundsätze. Jedoch wird auch hier die Berücksichtigung der bona fides, die regelmäßig in der Form einer exceptio doli generalis verlangt zu werden pflegt (S. 36), vielfach möglich sein (I, 247[2]).

2. Rechtliche Bedeutung.

Treu und Glauben ist die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streites, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das Richtige angiebt (Stammler). „Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben auszulegen" (BGB. § 157), „eine Leistung ist nach Treu und Glauben zu bewirken" (BGB. § 242) bedeutet, daß die Auslegung und Leistung in einer den etwa widerstreitenden Interessen beider Teile nach Möglichkeit gerecht werdenden Weise erfolgen soll. Jeder bei einem Rechtsverhältnis Beteiligte soll eine redliche und anständige, den Grundsätzen der Sittlichkeit entsprechende

anderen Sinn hat als die „bona fides" oder „der gute Glaube" zB. bei der Ersitzung oder im Grundbuchverkehr. Bona fides im Sinne der letzteren Rechtsverhältnisse bedeutet Nichtkenntnis eines gewissen Umstandes, während es sich hier um das Verhalten handelt, wie es sich für einen anständigen Menschen geziemt.

Digitized by Google

Gesinnung bethätigen. Diese Grundsätze sind nicht unwandelbar. Was heute in einem gewissen Bezirk als durchaus anständig gilt, kann in 10 Jahren oder in einem anderen Bezirk als gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen werden. Man denke nur an die Wandlungen, welche sich in der Stellung des Dienstherrn und Arbeitgebers gegenüber dem Gesinde und Arbeitnehmer in den letzten 50 Jahren vollzogen haben. Das BGB. bestimmt daher in den beiden Hauptfällen,[2]) in denen nach Treu und Glauben zu handeln und nötigenfalls vom Richter zu entscheiden ist, bei der Auslegung der Verträge (§ 157) und der Erfüllung des Schuldverhältnisses (§ 242), daß auch die Verkehrssitte in Rücksicht zu ziehen ist.

Die Berücksichtigung von Treu und Glauben wird im Prozesse regelmäßig durch diejenige der Parteien erzwungen werden, die sich durch eine rücksichtslose, den „guten Anschauungen des Verkehrs widersprechende" Ausübung des Rechts seitens des Gegners geschädigt glaubt, also, wie man bisher sagte, durch Vorschützung einer exceptio (oder replicatio) doli generalis (I, 247). Eines solchen Hinweises durch eine Partei bedarf es jedoch nicht. Es handelt sich hierbei nicht um ein Recht einer Partei, von dem Gegner ein Handeln nach Treu und Glauben verlangen zu dürfen, sondern um eine dem jus publicum angehörende Norm, zu deren Beachtung der Richter von Amtswegen verpflichtet ist.[3])

---

[2]) Andere Fälle des Hinweises auf Treu und Glauben finden sich im BGB. in den §§ 162 (Verhinderung oder Herbeiführung des Eintritts einer Bedingung III, 490), 320 (Weigerung der Gegenleistung wegen nicht ganz vollständiger Leistung, unten S. 211), 815 (die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat).

[3]) Wenn zB. A. gegen seinen Mieter B. auf Räumung klagt, weil dieser die am 1. April fällige Mietszahlung erst mittags $12^1/_4$ Uhr geleistet hat, während nach dem Mietsvertrage „bei Vermeidung sofortiger Exmission die Mietszahlung bis 12 Uhr mittags habe erfolgen müssen", so wird der Richter den A. auch dann abweisen müssen (durch Endurteil, I, 314^{20}, Fall zu 3 β), wenn B. gar nicht erscheint und A. Versäumnisurteil beantragt.

Digitized by Google

§ 73. Zinsen.

a. Begriff.

Zins (usurae, foenus) ist die vom Schuldner einer Quantität vertretbarer Sachen (Kapital, caput, sors) als Entgelt für deren Gebrauch zu leistende, fortlaufende Vergütung, ausgedrückt in einer Quote der geschuldeten Sachen.[1])

Aus dieser Begriffsbestimmung folgt:

1. Die Zinsen haben keine selbständige Natur. Die Verpflichtung zu ihrer Entrichtung setzt vielmehr eine auf Leistung eines Kapitals gehende Hauptverpflichtung voraus, aus der sie fortlaufend als Nebenleistung entsteht. Das Recht auf den Zinsbezug ist also im Verhältnisse zum Recht auf das Kapital ein accessorisches Recht und teilt sonach (vgl. III, 74[2]) in erheblichem Maße die rechtlichen Schicksale des Hauptrechts.

Die Zinspflicht entsteht nur bei gültiger Entstehung der Hauptschuld und besteht nur solange wie diese. Dieser letztere Teil des Grundsatzes bedeutet aber nur, daß

---

§ 242 BGB. bezieht sich seiner Stellung nach auf alle, auch die auf Gesetz beruhenden Verbindlichkeiten. Andererseits betrifft er nur die Frage, in welcher Art eine Leistung zu erfüllen ist. In der Reichstagskommission war die Einfügung einer zum Ersatze der bisherigen exceptio doli generalis bestimmten allgemeinen Vorschrift beantragt worden, „wonach der Verpflichtete einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen kann, die nach dem eigenen Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt." Dieser Antrag ist nicht Gesetz geworden. Trotzdem ist die exceptio doli generalis auch für das BGB. anzuerkennen. Sie ist die Geltendmachung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der, wie erwähnt, unser heutiges Rechtsleben durchdringt und in verschiedenen Anwendungen (so vor allem auch im Verbote chikanöser Ausnutzung von Rechten, III, 623[1]), im BGB. anerkannt ist. Mit Recht sagt daher Eck, daß die exceptio doli generalis auch ohne ausdrückliche Anerkennung „gleichsam von Gottes Gnaden" gelten müsse.

[1]) Die Zinsen sind im Digestentitel 22, 1 („De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora") und im Codextitel 4, 32 („De usuris") erörtert. Im ALR. sind sie ihrer wesentlich praktischen Bedeutung entsprechend in Verbindung mit dem Darlehen behandelt (ALR. I, 11 §§ 803 ff.). Im BGB. finden sich die allgemeinen Vorschriften über die Höhe der Zinsen in den §§ 246 ff. und 288 ff., im Übrigen zerstreut.

Digitized by Google

nach Beseitigung der Hauptschuld (durch Zahlung, Hinterlegung, Verjährung) für die Zukunft [2]) Zinsen nicht geschuldet werden (l. 7 D. 22, 1, l. 19 pr. C. 4, 32). Dagegen bedeutet der Grundsatz nicht etwa, daß mit dem Fortfalle der Hauptschuld die während ihres Bestehens entstandenen, aber noch nicht geleisteten (sog. verfallenen und rückständigen) Zinsen nicht mehr geleistet zu werden brauchen. Vielmehr gilt umgekehrt die Regel, daß die Zinsen (als „Civilfrüchte") von dem Augenblick ihrer Entstehung an ein von der Hauptschuld gesondertes, selbständiges Dasein führen, ähnlich wie „Naturalfrüchte" mit ihrer Trennung selbständige Sachen werden (III, 271). Das zeigt sich zB. darin, daß für verfallene Zinsen eine andere Verjährungsfrist [3]) maßgebend sein kann, als für die Hauptschuld, daß (wenigstens nach BGB., vgl. unten S. 49) rückständige Zinsen ohne Weiteres wieder den Gegenstand eines Zinsversprechens bilden können und daß die die Hauptschuld betreffenden Schicksale die Verpflichtung zur Entrichtung rückständiger Zinsen unberührt lassen. [4]) Nur

---

[2]) Eine Ausnahme enthält BGB. § 803 bezüglich der für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ausgegebenen Zinsscheine. Diese bleiben nämlich aus Gründen der Sicherung des Verkehrs auch dann in Kraft, wenn die Hauptforderung erlischt.

[3]) So verjähren nach BGB. § 197 Ansprüche auf Rückstände von Zinsen nicht wie sonstige Ansprüche in dreißig, sondern schon in vier Jahren; und zwar gilt dies, abweichend vom PrG. vom 31. März 1838, dem diese kurze Verjährung entstammt, nicht nur für vorbedungene, sondern auch für gesetzliche Zinsen.

[4]) So umfaßt die Abtretung einer zinsbaren Forderung mangels ausdrücklichen Vorbehalts von selbst auch die zukünftigen Zinsen, während es Sache der Auslegung des Abtretungsvertrages ist, ob auch die rückständigen Zinsen als mit abgetreten anzusehen sind (unten S. 328).

Während es ferner selbstverständlich ist, daß mit der Annahme und Quittierung des Kapitals der Zinsenlauf für die Zukunft aufhört, ist es für das Gemeine Recht sehr streitig, ob durch diese Akte auch die Nachforderung der zur Zeit der Zahlung rückständig gewesenen Zinsen ausgeschlossen ist. Diese berühmte Streitfrage hängt mit der anderen zusammen, ob Zinsen überhaupt selbständig, d. h. ohne gleichzeitige Erhebung des Anspruchs auf das Kapital, eingeklagt werden können. Für die Beantwortung beider Fragen

Digitized by Google

aus Zweckmäßigkeitsgründen wird der Grundsatz der Selbständigkeit verfallener Zinsen bisweilen durchbrochen. [5])

kommen nach Gemeinem Recht, ALR. und BGB. verschiedenartige Grundsätze in Anwendung.

α. Nach römischem Recht war zwischen den auf besonderen, in der Form der Stipulation (S. 187) abgegebenen Zinsversprechen beruhenden und den sonstigen (formlos versprochenen, unten S. 43, oder kraft Gesetzes zu leistenden) Zinsen zu unterscheiden. Auf die stipulierten Zinsen (**quae in obligatione sunt**) gab es eine besondere Klage, und durch die Annahme des Kapitals wurde der Anspruch auf Leistung der rückständigen Zinsen daher nicht ausgeschlossen. Die nicht formgültig versprochenen und die gesetzlichen Zinsen konnten dagegen nicht durch eigene Klage (l. 4 C. 4, 34: **non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum**), sondern nur als Erweiterung des Hauptanspruchs geltend gemacht werden (**officio judicis tantummodo debentur**, unten S. 45); vgl. l. 49 § 1 D. 19, 1: „**Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.**“

Für das Gemeine Recht nehmen Manche an, daß in Folge des Fortfalls der Bedeutung der Stipulation (S. 196) und des Aufkommens des Grundsatzes, daß jedes Recht durch Klage geltend gemacht werden kann, auch gesetzliche Zinsen selbständig eingeklagt werden können (Dernburg); die Anhänger dieser Ansicht lassen durch Annahme der Hauptforderung den Anspruch auf die rückständigen Zinsen nicht untergehen. Die Meisten dagegen lassen auch für das Gemeine Recht keine selbständige Klage auf gesetzliche Zinsen zu und betrachten daher den Anspruch auf diese mit Annahme des Kapitals als erloschen. Viele der diese Ansicht vertretenden Schriftsteller (zB. Windscheid) unterscheiden hierbei jedoch, ob der Gläubiger über das Kapital vorbehaltlos quittiert oder sich die Nachforderung der rückständigen Zinsen vorbehalten hat, und lassen in letzterem Falle die Nachforderung zu.

β. Nach ALR. I, 11 §§ 843, 845 können nach vorbehaltloser Quittierung über das Kapital keinerlei Zinsen nachgefordert werden. Im Übrigen läßt die herrschende Meinung die Nachforderung auch der gesetzlichen Zinsen zu. Die Vorschrift des ALR. I, 11 § 844, daß die vom Richter im Urteil übergangenen Verzugszinsen als aberkannt gelten sollen, ist durch EGCPO. § 14[5] beseitigt. Es kann also in diesem Fall entweder Ergänzung des Urteils nach § 321 (bisher § 292) CPO. gefordert oder eine neue Klage angestellt werden.

γ. Nach BGB. können alle Arten von Zinsen durch selbständige Klage geltend gemacht, auch nach vorbehaltloser Annahme der Hauptschuld nachgefordert werden.

[5]) So bestimmt BGB. § 224 in Übereinstimmung mit dem

Digitized by Google

nach Beseitigung der Hauptschuld (durch Zahlung, Hinterlegung, Verjährung) für die Zukunft[2]) Zinsen nicht geschuldet werden (l. 7 D. 22, 1, l. 19 pr. C. 4, 32). Dagegen bedeutet der Grundsatz nicht etwa, daß mit dem Fortfalle der Hauptschuld die während ihres Bestehens entstandenen, aber noch nicht geleisteten (sog. verfallenen und rückständigen) Zinsen nicht mehr geleistet zu werden brauchen. Vielmehr gilt umgekehrt die Regel, daß die Zinsen (als „Civilfrüchte") von dem Augenblick ihrer Entstehung an ein von der Hauptschuld gesondertes, selbständiges Dasein führen, ähnlich wie „Naturalfrüchte" mit ihrer Trennung selbständige Sachen werden (III, 271). Das zeigt sich zB. darin, daß für verfallene Zinsen eine andere Verjährungsfrist[3]) maßgebend sein kann, als für die Hauptschuld, daß (wenigstens nach BGB., vgl. unten S. 49) rückständige Zinsen ohne Weiteres wieder den Gegenstand eines Zinsversprechens bilden können und daß die die Hauptschuld betreffenden Schicksale die Verpflichtung zur Entrichtung rückständiger Zinsen unberührt lassen.[4]) Nur

---

[2]) Eine Ausnahme enthält BGB. § 803 bezüglich der für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ausgegebenen Zinsscheine. Diese bleiben nämlich aus Gründen der Sicherung des Verkehrs auch dann in Kraft, wenn die Hauptforderung erlischt.

[3]) So verjähren nach BGB. § 197 Ansprüche auf Rückstände von Zinsen nicht wie sonstige Ansprüche in dreißig, sondern schon in vier Jahren; und zwar gilt dies, abweichend vom PrG. vom 31. März 1838, dem diese kurze Verjährung entstammt, nicht nur für vorbedungene, sondern auch für gesetzliche Zinsen.

[4]) So umfaßt die Abtretung einer zinsbaren Forderung mangels ausdrücklichen Vorbehalts von selbst auch die zukünftigen Zinsen, während es Sache der Auslegung des Abtretungsvertrages ist, ob auch die rückständigen Zinsen als mit abgetreten anzusehen sind (unten S. 328).

Während es ferner selbstverständlich ist, daß mit der Annahme und Quittierung des Kapitals der Zinsenlauf für die Zukunft aufhört, ist es für das Gemeine Recht sehr streitig, ob durch diese Akte auch die Nachforderung der zur Zeit der Zahlung rückständig gewesenen Zinsen ausgeschlossen ist. Diese berühmte Streitfrage hängt mit der anderen zusammen, ob Zinsen überhaupt selbständig, d. h. ohne gleichzeitige Erhebung des Anspruchs auf das Kapital, eingeklagt werden können. Für die Beantwortung beider Fragen

Digitized by Google

aus Zweckmäßigkeitsgründen wird der Grundsatz der Selbständigkeit verfallener Zinsen bisweilen durchbrochen. [5])

kommen nach Gemeinem Recht, ALR. und BGB. verschiedenartige Grundsätze in Anwendung.

α. Nach römischem Recht war zwischen den auf besonderen, in der Form der Stipulation (S. 187) abgegebenen Zinsversprechen beruhenden und den sonstigen (formlos versprochenen, unten S. 43, oder kraft Gesetzes zu leistenden) Zinsen zu unterscheiden. Auf die stipulierten Zinsen (**quae in obligatione sunt**) gab es eine besondere Klage, und durch die Annahme des Kapitals wurde der Anspruch auf Leistung der rückständigen Zinsen daher nicht ausgeschlossen. Die nicht formgültig versprochenen und die gesetzlichen Zinsen konnten dagegen nicht durch eigene Klage (l. 4 C. 4, 34: **non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum**), sondern nur als Erweiterung des Hauptanspruchs geltend gemacht werden (**officio judicis tantummodo debentur**, unten S. 45); vgl. l. 49 § 1 D. 19, 1: „**Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.**“

Für das Gemeine Recht nehmen Manche an, daß in Folge des Fortfalls der Bedeutung der Stipulation (S. 196) und des Aufkommens des Grundsatzes, daß jedes Recht durch Klage geltend gemacht werden kann, auch gesetzliche Zinsen selbständig eingeklagt werden können (Dernburg); die Anhänger dieser Ansicht lassen durch Annahme der Hauptforderung den Anspruch auf die rückständigen Zinsen nicht untergehen. Die Meisten dagegen lassen auch für das Gemeine Recht keine selbständige Klage auf gesetzliche Zinsen zu und betrachten daher den Anspruch auf diese mit Annahme des Kapitals als erloschen. Viele der diese Ansicht vertretenden Schriftsteller (z. B. Windscheid) unterscheiden hierbei jedoch, ob der Gläubiger über das Kapital vorbehaltlos quittiert oder sich die Nachforderung der rückständigen Zinsen vorbehalten hat, und lassen in letzterem Falle die Nachforderung zu.

β. Nach ALR. I, 11 §§ 843, 845 können nach vorbehaltloser Quittierung über das Kapital keinerlei Zinsen nachgefordert werden. Im Übrigen läßt die herrschende Meinung die Nachforderung auch der gesetzlichen Zinsen zu. Die Vorschrift des ALR. I, 11 § 844, daß die vom Richter im Urteil übergangenen Verzugszinsen als aberkannt gelten sollen, ist durch EGCPO. § 14[5] beseitigt. Es kann also in diesem Fall entweder Ergänzung des Urteils nach § 321 (bisher § 292) CPO. gefordert oder eine neue Klage angestellt werden.

γ. Nach BGB. können alle Arten von Zinsen durch selbständige Klage geltend gemacht, auch nach vorbehaltloser Annahme der Hauptschuld nachgefordert werden.

[5]) So bestimmt BGB. § 224 in Übereinstimmung mit dem

Digitized by Google

Aus der eben geschilderten Abhängigkeit der Zinsberechtigung vom Kapital folgt natürlich nicht, daß Forderung und Zinsrecht von einander untrennbar sind. Es kommt vielmehr sehr häufig vor, daß der Gläubiger einer zinsbaren Forderung das Kapital einem Anderen abtritt und sich die Zinsen vorbehält und umgekehrt; vgl. BGB. §§ 1076 ff. (Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung). Über die Frage, ob die für ein zinsbares Kapital eingegangene Bürgschaft oder Pfandbestellung auch die Zinsen sichert, ist bei diesen Rechtsinstituten zu sprechen (BGB. §§ 767, 1115, 1118, 1210).

2. Zinsen sind eine Entschädigung des Gläubigers dafür, daß er den Genuß eines ihm zukommenden Kapitals entbehrt. Vom Schuldner aus betrachtet sind die Zinsen eine Vergütung für den Gebrauch (daher usurae) des Kapitals. Auch die Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder der Nutzung einer Sache wird als „Mietzins" und „Pachtzins" bezeichnet. Von Zinsen in dem hierher gehörigen Sinne spricht man jedoch nur dann, wenn vertretbare Sachen den Gegenstand der Hauptleistung bilden und die Vergütung für die Gebrauchsentziehung in einer Quote der geschuldeten Quantität besteht und wenn ferner der Umfang der Vergütung durch die Dauer der Gebrauchsentziehung bestimmt wird. Als Zinsen wird also weder eine Vergütung betrachtet, die für den Gebrauch einer Speziessache (vgl. jedoch die merkwürdige l. 25 C. 4, 32), noch eine solche, die neben einer auf vertretbare Sachen gerichteten Hauptleistung, aber nicht in einer Quote dieser zu gewähren ist (A. borgt B. 1000 Mk. auf 3 Monate, B. soll A. dafür Unterricht erteilen), noch endlich eine Ver-

---

bisherigen Recht: „Mit dem Hauptanspruche verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist"; vgl. l. 26 pr. C. 4, 32: „principali enim actione non subsistente satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere". Es soll vermieden werden, daß gelegentlich der Frage nach der Berechtigung zu der Nebenleistung die Frage der Begründetheit des verjährten Hauptanspruchs (incidenter) aufgeworfen wird.

Digitized by Google

gütung, die zwar in einer Quote der geschuldeten vertretbaren Sachen besteht, deren Höhe aber nicht von der Zeit der Gebrauchsentziehung abhängig gemacht ist (A. giebt B. 1000 Mk. als Darlehen und empfängt dafür ein über 1200 Mk. lautendes Dreimonatsakzept). Nur für die Frage, ob ein Geschäft wucherlich ist (S. 46), werden auch diese sonst nicht als Zinsen behandelten Vergütungen wie Zinsen berücksichtigt.

Allein praktisch sind nur Zinsen neben Geldschulden; sie sind aber auch neben einer auf andere vertretbare Sachen gerichteten Hauptschuld denkbar, zB. als Getreidezinsen (vgl. l. 11, 23 C. 4, 32 und ALR. I, 11 § 855). Auch im BGB. § 246 ist „Schuld", nicht nur „Geldschuld", als verzinsbares Kapital bezeichnet.

3. Zinsen bilden eine neben einer Hauptleistung geschuldete, sich fortlaufend erneuernde, feststehende Nebenleistung.[6]) Dadurch unterscheiden sie sich:

α. von den Renten (die im deutschen Recht zuweilen auch als Zinsen bezeichnet sind, II, 554); denn deren Zahlung bildet die alleinige Leistung, ein Kapital wird daneben nicht geschuldet;

β. von den Dividenden (zB. der Aktie); denn diese stellen einen seiner Höhe nach wechselnden Anteil am Reingewinne dar;

γ. von den sog. Bauzinsen, d. h. der Vergütung eines Gesellschafters (besonders Aktionärs) auf seine Kapitaleinlage für die Dauer der noch nicht erfolgten Inbetriebsetzung des Unternehmens (zB. der Bauzeit der Aktienzuckerfabrik); denn diese sind in Wahrheit Kapitalsrückzahlungen. Das Gleiche gilt für

---

[6]) Daher bleiben Zinsen — sofern sie nicht als Hauptforderung geltend gemacht werden — bei Berechnung des Objekts zwecks Feststellung der Zuständigkeit (CPO. § 4), der Revisibilität (CPO. § 546 Abs. 2, alte CPO. § 508), der Gerichtskosten (GKG. § 9) unberücksichtigt. Ferner werden bei gerichtlichen Verteilungen Zinsen neben der Hauptforderung an der dieser gebührenden Stelle angesetzt, so zB. im Konkurse (KO. § 62[3], alte KO. § 55[3]) und bei der Zwangsversteigerung (RZwangsversteigerungsg. vom 24. März 1897 §§ 10[8], 12[1], aber nur zweijährige Rückstände).

Digitized by Google

δ. die Amortisationszahlungen, wie sie zB. bei der Rentenablösung (II, 606[2]) vorkamen und heute besonders bei Pfandbriefdarlehen (II, 556[10]) üblich sind (der Pfandbriefschuldner zahlt außer dem vereinbarten Zinssatz einen gewissen Prozentsatz zwecks allmählicher Tilgung der Hauptschuld).

Wegen der fortdauernden Erneuerung[7]) aus der Hauptschuld werden die Zinsen den Früchten als fructus civiles zur Seite gestellt, zB. im BGB. § 101[2] (III, 272). Damit ist aber nicht gesagt, daß alle für Früchte geltende Vorschriften (III, 270) ohne Weiteres für Zinsen rechtsähnlich anwendbar sind oder umgekehrt.

b. Einteilung.

Die Zinspflicht beruht entweder auf Rechtsgeschäft (Schuldvertrag, einseitigem Versprechen, letztwilliger Verfügung) oder auf Gesetz.

1. Rechtsgeschäftliche Zinsen.

Nach römischem Recht geschah das Zinsversprechen neben stricti juris negotia (zB. Darlehen) durch besondere Zinsstipulation, die deshalb auch eine von der Hauptleistung unabhängige Leistungspflicht und Klage ex stipulatu begründete (unten S. 39[4]), neben bonae fidei

[7]) Die Zinsberechnung geschieht nach römischem wie nach modernem Recht in Hundertstel (Prozenten, gewöhnlich % geschrieben) des Kapitals. Während aber in Rom die Berechnung auf den Monat erfolgte, geschieht sie heute auf das Jahr. Ein Prozent (centesimae usurae) in Rom bedeutet also nach der heutigen Jahresrechnung 12 %. Geringere als einprozentige Zinsen auf den Monat wurden durch die Anteile des as (I, 44[1]) bezeichnet; usurae besses (⅔ %) sind also so viel wie heute 8 %, us. semisses (½ %) soviel wie heute 6 %. Zuweilen findet sich übrigens auch heute noch eine Zinsberechnung auf den Monat, so zB. im PrG. vom 17. März 1881 betr. das Pfandleihgewerbe § 1. Der Pfandleiher darf höchstens nehmen: 2 Pf. für Mark und Monat von Darlehensbeträgen bis 30 Mk., 1 Pf. für Mark und Monat für die den Betrag von 30 Mk. übersteigenden Summen (also 24 und 12% auf das Jahr); vgl. II, 582[2].

Zinsfuß ist das auf die Einheitszeit, also heute auf ein Jahr, berechnete Verhältnis der Zinsen zum Kapital.

Digitized by Google

negotia (zB. Kauf mit Kreditierung des Kaufpreises) durch formloses pactum in continenti adjectum (S. 195), das bei der Hauptklage geltend zu machen und vom judex gemäß der Formel „Quidquid paret u. s. w. ex fide bona" zu berücksichtigen war (I, 238[8]). Nach modernem Gemeinen Recht erfolgt die Zinsabrede formlos[9]); es muß aber nicht nur die Zinspflicht, sondern auch der Zinsfuß festgestellt werden (l. 41 § 2 D. 22, 1: si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse), es sei denn, daß der landesübliche Zinsfuß als stillschweigend vereinbart zu gelten hat. Auch nach BGB. bedarf es keiner Form für das Zinsversprechen. Abweichend vom Gem. R. genügt aber nach § 246 die bloße Vereinbarung der Verzinsung auch ohne Bestimmung des Zinsfußes; es wird in solchem Fall ein Zinsfuß von 4% als vereinbart angesehen.

Die Fälligkeit vorbedungener Zinsen tritt spätestens gleichzeitig mit der Fälligkeit der Hauptforderung ein. Bei längerer Nutzung des Kapitals durch den Schuldner ist mangels abweichender Abrede als vereinbart anzusehen, daß die Zinsen auch schon vor Fälligkeit des Kapitals am Ende derjenigen Kalenderperiode (also „postnumerando") zu zahlen sind, für welche die Zinsberechnung erfolgt ist, heute also regelmäßig für ein Jahr[9]). Für ein am 3. Juni 1900

---

[8]) Dagegen bedurfte nach ALR. I, 11 § 729 jedes Zinsversprechen auch neben einem den Betrag von 150 Mk. nicht übersteigenden, also formlos gültigen (III, 430[15]) Kapitalversprechen der Schriftform.

Besonderes gilt für das moderne **negotium stricti juris**, den **Wechsel**. Nach Erlaß der ADWO. wurde es streitig, ob ein in einem Wechsel enthaltenes Zinsversprechen als gültig, als nicht geschrieben oder als den Wechsel ungültig machend anzusehen sei. Durch eine dem Art. 7 beigefügte Nürnberger Novelle (II, 403) wurde entschieden: „Das in einem Wechsel enthaltene Zinsversprechen gilt als nicht geschrieben." Dieser Zusatz ist aber nur in Deutschland, nicht in Österreich eingeführt worden; hier macht vielmehr das Zinsversprechen den Wechsel ungültig. Das englische Wechselrecht gestattet Zinsversprechen.

[9]) Das ALR. I, 11 §§ 822, 823 erkennt diese Grundsätze ausdrücklich an. Das BGB. enthält dagegen hierüber keine Vorschriften.

Digitized by Google

gegebenes verzinsliches Darlehen hat also der Schuldner mangels abweichender Abrede die Zinsen für ein Jahr am 3. Juni 1901 zu zahlen. Jede fällig gewordene Zinsrate ist selbständig einklagbar und unterliegt nach dem PrG. vom 31. März 1838 und BGB. § 197 einer besonderen kurzen Verjährung, vgl. III, 601[4] und oben S. 38[3].

ALR. I, 11 § 842 stellt im Anschluß an eine gemeinrechtliche Anschauung[10]) zu Gunsten des Schuldners die Rechtsvermutung auf, daß bei vorbehaltloser Quittierung einer Zinsrate die früher fällig gewordenen als bezahlt zu erachten seien. Das BGB. hat eine solche Vermutung nicht aufgenommen (unten S. 260[15]).

2. Gesetzliche Zinsen.

Nach rR. wurde für die unmittelbar kraft Gesetzes[11]) geschuldeten Zinsen (usurae legales, nicht legitimae, letztere

---

Selbst für die Eintragung einer verzinslichen Hypothek ist die Angabe der Zinszahlungstermine nicht vorgeschrieben (BGB. § 1115), wenngleich sie natürlich regelmäßig beantragt werden wird. Eine normale Eintragung lautet zB.: Grundbuch von Nauen Bd. 1 Bl. 3 Abt. III Spalte I Nr. 5: 3000 Mk. Darlehen mit 4½ % jährlich in vierteljährlichen Teilen vom 1. Juli 1900 ab verzinslich, nach dreimonatiger Kündigung rückzahlbar, für NN. aus der Schuldverschreibung vom 16. Juni 1900 eingetragen am 6. Juli 1900.

[10]) Nach l. 3 C. 10, 22 sollen bei Vorlegung der Quittungen über die für die letzten 3 Jahre gezahlten öffentlichen Abgaben die früher verfallenen als getilgt gelten. Dies wurde durch die Praxis auf alle terminlichen Leistungen, besonders also auf Zinsen ausgedehnt und vom ALR. in der oben erwähnten Weise vereinfacht. Übrigens gilt ALR. I, 11 § 842 nur für Zinsen; für andere terminliche Leistungen kommt I, 16 § 133 zur Anwendung, wonach die Vermutung nur dann Platz greifen soll, wenn über zwei auf einander folgende Termine vorbehaltlos quittiert ist.

[11]) Die gesetzlichen Zinsen haben regelmäßig den Charakter des Schadensersatzes für den entzogenen Gebrauch des Kapitals. Sie kommen u. a. vor:

a. als Verzugszinsen (S. 146). Über die Fälle, in denen eine Verzinsung ohne schuldhafte Zögerung des Schuldners mit der Fälligkeit der Hauptschuld eintritt, vgl. unten S. 141[8]. Eine besondere Art der Verzugszinsen bildeten nach rR. die heute beseitigten Urteilszinsen, die nach Ablauf des tempus judicati von 4 Monaten in Höhe von 12 % zu zahlen waren (vgl. I, 345).

Digitized by Google

sind „gesetzlich erlaubte Zinsen") keine besondere Klage zugelassen. Sie gelten nicht als „in obligatione", wie die durch stipulatio ausbedungenen Zinsen, sondern es heißt von ihnen: „officio judicis praestantur" (l. 49 § 1 D. 19, 1; oben S. 39[4]). Das bedeutet, daß für die gesetzlichen (und die ihnen insofern gleichstehendennur durch pactum adjectum versprochenen rechtsgeschäft, lichen, S. 43) Zinsen keine besondere formula gegeben ist, sondern, daß die auf die Hauptverbindlichkeit gehende Formel („quidquid dare facere oportet ex fide bona") dem judex die Möglichkeit gewährt, außer dem Leistungsgegenstand auch Zinsen davon zuzusprechen. Das moderne Recht hat, wie S. 39[4] dargelegt, diese Unterscheidung nicht aufgenommen. Auch die gesetzlichen Zinsen sind durch besondere Klage verfolgbar. Andererseits dürfen nach dem die CPO. beherrschenden Grundsatze „ne eat judex ultra petita partium" (CPO. § 308, bisher § 279) auch gesetzliche Zinsen nur auf Antrag des Klägers, nie von Amtswegen zuerkannt werden.

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen betrug nach justinianischem Recht 6, nach Gemeinem Recht (vgl. II, 490) und ALR. (I, 11 § 830, I, 16 § 65) 5%, nach dem bisherigen HGB. Art. 287 bei Handelsgeschäften 6%. Die Entwürfe zum BGB. hatten ebenfalls noch einen Zinssatz von 5% vorgeschlagen; im Reichstag ist aber mit Rücksicht auf das ständige Herabgehen des Zinsfußes der Satz von 4% angenommen worden

---

Sie sind ersetzt durch den Grundsatz, daß die Verzinsung einer fälligen Schuld spätestens mit der Rechtshängigkeit beginnt (BGB. § 291, ebenso schon ALR. I, 16 § 71, sog. Prozeßzinsen).

β. Der Käufer, der die Kaufsache nutzt, muß den Kaufpreis verzinsen, falls er ihm nicht gestundet ist, BGB. § 452, ebenso schon l. 13 § 20 D. 19, 1 und ALR. I, 11 § 109); ähnlich für die Werkverdingung (BGB. § 641 Abs. 2).

γ. Unberechtigte Verwendung fremden Geldes verpflichtet zur Verzinsung, vgl. BGB. §§ 668 (Auftrag), 698 (Verwahrung), 1834 (Vormund; und zwar ist in letzterem Falle nach BGB. der gesetzliche Zinssatz von 4% zu vergüten, während nach der Pr.Vormundschaftsordn. vom 5. Juli 1875 § 40 das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen den Zinssatz auf 8—20% bestimmen konnte).

Digitized by Google

(BGB. § 246). Bei beiderseitigen Handelsgeschäften beträgt die Höhe der gesetzlichen Zinsen nach dem neuen HGB. § 352 5%; für Wechselsachen ist dagegen der bisherige Zinssatz von 6% nicht geändert (WO. Art. 50).

c. Zinsbeschränkungen.

1. Zinsmaß.

Die Geschichte derjenigen Maßregeln, welche die Gesetzgebung angewandt hat, um die Ausbeutung des wirtschaftlich Schwachen durch einen kapitalkräftigen Gegner zu verhindern, ist II, 488 ff. und III, 450[6] dargestellt. Hier ist somit nur noch der Rechtszustand nach dem Inkrafttreten des BGB. darzulegen. Das BGB. beruht grundsätzlich auf der durch das RG. betr. die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867 (sog. Bundeszinsengesetz) angebahnten vollen Freiheit der vertragsmäßigen Festsetzung der Zinshöhe: der Ausbeutung des Schuldners wird nicht durch Festsetzung eines Zinshöchstmaßes, sondern durch die Vorschriften über den Wucher begegnet.[12]) BGB. § 138 bestimmt: „Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der

---

[12]) Eine gewisse Beschränkung enthält nur die aus dem RG. vom 14. November 1867 übernommene Vorschrift des BGB. § 247: „Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden." In Übereinstimmung mit § 2 Abs. 3 des RG. vom 14. November 1867 gilt das Kündigungsrecht aus § 247 BGB. nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Dagegen ist die weitere Vorschrift des § 2, daß es auch auf Darlehen eines Kaufmanns und Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften keine Anwendung finden solle, bei der Reichstagsberatung des neuen HGB. (unter Streichung des § 342 des Entwurfs) nicht aufgenommen. Auch Kaufleuten steht also vom 1. Januar 1900 an das Kündigungsrecht aus BGB. § 247 zu Gebote.

Unberührt bleiben ferner gemäß EGBGB. Art. 94 die landesgesetzlichen Vorschriften über das Pfandleihgewerbe, die vielfach einen Zinshöchstbetrag festsetzen; vgl. z.B. PrG. vom 17. März 1881 (II, 582[2] und oben S. 42[7]).

Digitized by Google

Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen."

Hiernach ist das BGB. auf der durch die Wuchergesetze vom 24. Mai 1880 und 19. Juni 1893 betretenen Bahn (II, 490[5]) noch einen Schritt weiter gegangen. BGB. § 138 verbietet nämlich jede Art wucherlicher Rechtsgeschäfte, trifft also in gleicher Weise Kredit- und Sachwucher, während sich das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 nur gegen den Kreditwucher, das Ergänzungsgesetz vom 19. Juni 1893 zwar auch gegen den Sachwucher, aber nur bei Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit richtete.

Das wucherliche Rechtsgeschäft ist (in dinglicher und obligatorischer Beziehung) völlig nichtig (III, 451); es findet also nicht etwa eine Ermäßigung der ausbedungenen Vorteile auf die zulässige Höhe statt. Ist auf das wucherliche Geschäft von einer Seite etwas geleistet worden, so geschieht die Rückforderung[13]) nach den Vorschriften über

---

[13]) Bisher waren die civilrechtlichen Folgen des wucherlichen Geschäftes durch Art. 3 des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880 geordnet. Dieser Artikel ist durch EGBGB. Art. 47 beseitigt und es kommen daher die allgemeinen Vorschriften des BGB. zur Anwendung. Die hiernach eintretende Regelung der wechselseitigen Rechte des Wucherers und des Bewucherten unterscheidet sich von der bisherigen in zwei wesentlichen Punkten.

α. Nach Art. 3 des Wuchergesetzes verjährt das Rückforderungsrecht des Bewucherten in 5, nach BGB. in 30 Jahren (vgl. BGB. § 852 Abs. 2).

β. Nach dem Wuchergesetz haftet die für die vertragsmäßige Forderung bestellte Sicherheit für den Anspruch des Gläubigers auf Rückgabe des auf das Wuchergeschäft Geleisteten. Nach BGB. ist das wucherliche Geschäft völlig nichtig, die etwa bestellte Sicherheit wird frei.

Unberührt durch das BGB. (EGBGB. Art. 32) bleibt der durch das Ergänzungsgesetz vom 19. Juni 1893 dem Wuchergesetze zugefügte Art. 4: „Wer aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditsgeschäften ein Gewerbe macht, hat die Rechnung des Geschäftsjahres für jeden, welcher ein Geschäft der bezeichneten Art mit ihm abgeschlossen hat und daraus sein Schuldner geworden ist, abzuschließen

Digitized by Google

die ungerechtfertigte Bereicherung (BGB. §§ 812, 817 ff.) und über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.).

2. Verzinsung „ultra alterum tantum".

Der Zinsenlauf steht nach rR. still, sobald die rückständigen Zinsen den Betrag der Hauptschuld erreichen (l. 26 § 1 D. 12, 6, l. 10, 27 § 1 C. 4, 32: cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus). In Novelle 121 c. 2, 130, 160 bestimmte Justinian sogar, daß die Zinszahlung schon dann aufhören soll, wenn die gezahlten Zinsen das Kapital erreichen. Diese Novellen, wonach zB. ein mit 5 % zu verzinsendes Kapital nach 20 Jahren nicht mehr verzinst zu werden brauchte, sind jedoch nicht glossiert und daher (II, 377) für das Gemeine Recht bedeutungslos.

Das ALR. kennt kein Verbot der Verzinsung ultra alterum tantum, ebensowenig das BGB. Für Handelsgeschäfte war es schon durch (altes) HGB. Art. 293 beseitigt. [14])

3. Zinseszinsen.

Nach Gem. Recht werden Zinsrückstände nicht wieder verzinst. Insbesondere ist der Anatozismus (ἀνὰ

---

und dem Schuldner binnen 3 Monaten nach Schluß des Jahres einen schriftlichen Auszug dieser Rechnung mitzuteilen, der außer dem Ergebnis derselben auch erkennen läßt, wie solches erwachsen ist.

Wer sich dieser Verpflichtung vorsätzlich entzieht, wird mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark oder mit Haft bestraft und verliert den Anspruch auf die Zinsen für das verflossene Jahr hinsichtlich der Geschäfte, welche in den Rechnungsauszug aufzunehmen waren."

Keine Anwendung findet diese Vorschrift auf einzelne Geschäfte, über die schriftliche Abrechnung erteilt ist, ferner auf öffentliche Banken und ähnliche Kreditinstitute, sowie eingetragene Genossenschaften hinsichtlich des Verkehrs mit ihren Mitgliedern, endlich auf den Geschäftsverkehr zwischen Vollkaufleuten (III, 208). Über das mit dieser Vorschrift in gewissem Zusammenhange stehende Depotgesetz vgl. III, 527[4].

[14]) Auch für das Gemeine Recht wurde die Fortdauer des Verbots nach Erlaß des Bundeszinsengesetzes vom 14. November 1867 bestritten, weil Viele das Verbot als gegen den Wucher gerichtet ansahen und es daher nach Beseitigung der Zinsbeschränkungen für aufgehoben erachteten.

Digitized by Google

τοκεῖν, wieder gebären), d. h. die vertragsmäßige Ausbedingung von Zinseszinsen nichtig [15]), gleichgültig ob sie vor oder nach Verfall erfolgt und ob die Zinsen als selbständiges zinsbares Kapital festgestellt werden (anatocismus separatus, l. 26 § 1 D. 12, 6) oder zur Hauptforderung geschlagen und mit dieser verzinst werden sollen (anatocismus conjunctus, l. 28 C. 4, 32).

Das Bundeszinsengesetz vom 14. November 1867 hat in § 4 die Zinseszinsbeschränkungen ausdrücklich aufrechterhalten. Das (alte) HGB. Art. 291 enthält jedoch für den Kontokurrentverkehr unter Kaufleuten die Sondervorschrift, daß der beim Rechnungsabschlusse sich ergebende Überschuß (Saldo), auch dann in ganzer Höhe zu verzinsen ist, wenn darunter Zinsen begriffen sind (S. 291).

Das BGB. erklärt in § 248 betreffs der rechtsgeschäftlichen Zinsen nur die im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, für nichtig [16]). Unbeschränkt zulässig ist also die nach Fälligkeit einer Zinsrate getroffene Vereinbarung, daß der Schuldner die rückständige Rate als Kapital behalten und verzinsen soll [17]). Die Vorschrift des (alten)

---

[15]) Auch nach ALR. I, 11 §§ 818 ff. dürfen Zinsen von Zinsen nicht gefordert werden. Es ist aber im Gegensatz zum Gem. R. gestattet, „zweijährige oder noch ältere Zinsrückstände" (d. h. „vor mehr als zwei Jahren fällig gewordene", nicht, wie Manche annehmen, „Zinsrückstände eines mehr als 2 Jahre umfassenden Zeitraumes") gerichtlich als zinsbares Kapital zu versprechen. Ferner sind für eingeklagte Zinsrückstände von Rechtskraft des Urteils ab Urteilszinsen zu zahlen.

[16]) Hiervon werden in § 248 Abs. 2 zwei Ausnahmen gemacht:

α. „Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen."

β. „Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen." Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß derartige Kreditanstalten (neue Landschaften, II, 556[10]) die Zinsen der von ihnen ausgegebenen Pfandbriefe ihrerseits jedenfalls rechtzeitig zahlen müssen.

[17]) Zu bemerken ist übrigens, daß eine als „Zinsen" geschuldete oder geleistete Summe diesen Charakter nur im Verhältnis von

Digitized by Google

HGB. Art. 291 für den Kontokurrentverkehr ist durch § 355 des neuen HGB. mit der (auch schon durch die bisherige Praxis anerkannten) Erweiterung aufgenommen worden, daß sie nicht nur unter Kaufleuten, sondern auch im Verhältnis eines Kaufmanns zu einem Nichtkaufmann anwendbar sein soll.[18]) Im übrigen können Kaufleute auch untereinander Zinseszinsen nicht beanspruchen (neues HGB. § 353).

Betreffs der Verzugszinsen bestimmt BGB. § 289: „Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten.

Schuldner zu Gläubiger hat. Der Zinsen erhebende Beauftragte muß daher, wenn er die rechtzeitige Ablieferung unterläßt, Verzugszinsen zahlen (l. 10 § 3 D. 17, 1); denn das von ihm Erhobene ist für sein Verhältnis zum Auftraggeber Kapital. Ebensowenig liegt ein Fall gesetzlicher Zinseszinsen vor beim „Rembourswechsel". Der Inhaber eines mangels Zahlung protestierten Wechsels kann von jedem Regreßpflichtigen (Aussteller, Vorindossanten) — von Kosten und Provision abgesehen — verlangen: die Wechselsumme nebst 6% Zinsen seit dem Verfalltage. Der Indossant, der den Wechsel eingelöst hat, kann nun seinerseits von jedem ihm Regreßpflichtigen die von ihm gezahlte Summe nebst 6% Zinsen von diesem ganzen Betrage, also auch von den darin enthaltenen Zinsen verlangen. Dennoch ist hier von Zinseszinsen keine Rede. Denn der einlösende Indossant macht die ganze von ihm gezahlte Summe als verauslagtes Kapital geltend und zwar kraft eigenen Rechts, nicht als Cessionar des bezahlten Wechselinhabers.

[18]) Manche finden eine fernere gesetzliche Anerkennung von Zinseszinsen in HGB. § 687 (bisher Art. 688). Bei der Bodmerei, d. h. dem vom Schiffer aufgenommenen Darlehen unter Verpfändung von Schiff, Fracht oder Ladung und unter Zusicherung einer Prämie, vertritt die Prämie nach § 681 (Art. 482) die Stelle der Zinsen. Nun laufen nach § 687 (Art. 688) vom Zahlungstag ab (d. h. vom achten Tage nach Ankunft des Schiffes im Bestimmungshafen der Bodmereireise) Zinsen von der ganzen Bodmereischuld einschließlich der Prämie. Dies findet jedoch nur Anwendung, wenn die Prämie ohne Rücksicht auf die zwischen Hingabe und Rückgabe des Darlehens liegende Zeit auf einen Prozentsatz des Darlehens festgestellt ist (feste Prämie), nicht aber, wenn die Prämie nach Zeit bedungen ist (Zeitprämie). Wie nun aber S. 41 dargelegt, hat in ersterem Falle die Prämie überhaupt nicht den Charakter von Zinsen; denn diese setzen ihrem Begriffe nach voraus, daß die Höhe der zu zahlenden Vergütung nicht fest bestimmt ist, sondern sich nach der Zeit der Überlassung des Kapitals bemißt.

Digitized by Google

Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt“ [19]).

§ 74. Schadensersatz.

a. Begriff des Schadens.

Schaden ist die ungünstige Veränderung der Rechtslage einer Person oder, wie ALR. I, 6 § 1 sagt: „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre, oder seines Vermögens.“ Für das bürgerliche Recht ist der Vermögensschaden von überwiegender, aber nicht von alleiniger Bedeutung. Vielmehr verpflichtet auch die Schädigung der sog. immateriellen Güter den hierfür Verantwortlichen zur Wiederherstellung des bisherigen Zustands. Ein praktisch bedeutsamer Unterschied zwischen einem dem Vermögen und einem den sonstigen Lebensgütern zugefügten Schaden besteht jedoch darin, daß beim Vermögensschaden im Falle nicht möglicher Herstellung des früheren Zustands regelmäßig eine Entschädigung des Verletzten durch Geld möglich ist, während bei sonstiger Schadenszufügung dem Gelde die ausgleichende Kraft fehlt. Daher tritt im Fall unmöglicher Herstellung des bisherigen Zustands bei einer Vermögensbeschädigung stets, bei sonstiger Schadenszufügung dagegen nur in den gesetzlich bestimmten Fällen ein Ausgleich durch Geldentschädigung ein. Hierüber ist unten S. 64 zu sprechen.

---

[19]) Wie an den einschlägigen Stellen zu erwähnen ist, sind von den gegen den Wucher gerichteten Sondervorschriften die meisten schon durch das Bundeszinsengesetz, die übrigen durch das BGB. beseitigt, so die Vorschriften über die Beschränkungen des Vorausabzugs (Antizipation) der Zinsen (vgl. ALR. I, 11 §§ 817 ff.: nur auf ein Jahr und wenn nicht der höchste erlaubte Zinssatz vereinbart, ähnlich auch Gem. R.), über die laesio enormis, über den Verkauf der Früchte auf dem Halm (II, 487). Auch die lex Anastasiana (unten S. 337[16]) ist beseitigt.

Digitized by Google

b. Voraussetzungen des Schadensersatzes.

1. Allgemeines.

Grundsätzlich hat jeder den Nachteil, der ihn betrifft, selbst zu tragen (casus a nullo praestantur, casum sentit dominus, II, 493). Es bedarf daher stets eines besonderen Grundes, wenn jemand zum Schadensersatze, d. h. zur Ausgleichung des einem Anderen entstehenden Nachteils herangezogen werden soll. Ein solcher eine Schadensersatzpflicht herbeiführender Rechtsgrund kann sein:

α. Vertrag; zB. jemand übernimmt den Ersatz des durch Tod, Unfall, Naturereignisse, Inanspruchnahme wegen Amtsversehens einen Anderen treffenden Schadens (Versicherungsverträge);

β. Gesetz. Die durch Gesetz begründete Schadensersatzpflicht kann eintreten:

1) unmittelbar (primär), zB. bei der Haftung für Zufall, für fremde Handlungen, für Tiere, vgl. II, 494[8] und unten S. 123;

2) mittelbar (sekundär) als Folge eines Verhaltens des Schadensersatzpflichtigen, entweder eines Thuns oder einer rechtswidrigen Unterlassung (zB. der Nichterfüllung einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht).

Regelmäßig wird eine Schadensersatzpflicht nur durch ein rechtswidriges Verhalten (Verschulden, unten S. 121) des Schädigers begründet. Ein solches kann vorkommen:

a. innerhalb eines schon bestehenden Schuldverhältnisses (kontraktliches Verschulden). Hierbei tritt der Schadensersatz entweder an die Stelle (zB. bei der actio quanti minoris) oder neben die geschuldete Leistung (zB. bei Verzugszinsen);

b. außerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses, sodaß ein solches betreffs der Schadensersatzpflicht durch das rechtswidrige Verhalten erst begründet wird (Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen, außerkontraktliches Verschulden).

Ausnahmsweise kann auch ein berechtigtes Eingreifen in eine fremde Rechtssphäre eine Schadensersatz-

Digitized by Google

pflicht begründen; zB. bei der Zwangsenteignung (II, 512) oder der Inanspruchnahme eines Notwegs (BGB. § 917, II, 519) und fremder Sachen im Notstande (BGB. § 904, III, 628).

2. Ursächlicher Zusammenhang.

In allen Fällen, in denen die Schadensersatzpflicht nicht unmittelbar auf Vertrag oder Gesetz, sondern mittelbar auf dem Eingreifen einer Person in die Rechtssphäre eines Anderen beruht, gilt der Grundsatz, daß ein Schaden nur dann und nur in dem Umfange zu ersetzen ist, wenn und soweit er auf das Eingreifen zurückzuführen ist; es muß also zwischen dem Verhalten des Schadensersatzpflichtigen und der Verschlechterung der Lage des Schadensersatz Beanspruchenden das Verhältnis von Ursache und Wirkung (Kausalnexus) bestehen. Streitig ist sowohl für das Strafrecht als für das Bürgerliche Recht, ob man auch bei Unterlassungen von einem Kausalzusammenhange reden kann.

Das schädigende Ereignis kann die alleinige und nächste Veranlassung des eingetretenen Schadens sein; dann spricht man von direktem oder unmittelbarem Schaden (damnum circa rem). Es genügt vielfach aber auch, daß das Ereignis nur die mittelbare Veranlassung des Schadens ist, daß also durch das Ereignis erst ein anderer Vorgang ausgelöst wurde, der den Schaden zur Folge hatte, oder daß der Schaden nur durch das Zusammentreffen verschiedener Umstände herbeigeführt wurde (indirekter, mittelbarer Schaden, damnum extra rem)[1]). Der letztere Satz bedarf jedoch der Begrenzung.

---

[1]) ALR. I, 6 §§ 2, 3 sagt: „Wird ein solcher Nachteil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt.

Entsteht der Nachteil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem anderen von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache, so ist ein mittelbarer Schade vorhanden."

Digitized by Google

Der Begriff der Ursache (causa) ist für das Strafrecht wie für das Bürgerliche Recht gleich bestritten. Nach der herrschenden und richtigen Meinung (Liszt) ist Ursache jede Bedingung eines Vorgangs, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des Geschehnisses (so wie es eingetreten ist) entfallen müßte. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einem Ereignis und dem diesem folgenden Schaden ist also jedenfalls dann nicht vorhanden, wenn der Schaden auch unabhängig von jenem Ereignis eingetreten wäre [2]). Wird nun der schädliche Erfolg nur durch das Zusammenwirken verschiedenartiger auf einander folgender oder neben einander wirkender Ursachen herbeigeführt, so fragt es sich, ob nicht das Ereignis, für das jemand verantwortlich ist, durch die nachfolgenden Ereignisse oder die daneben wirkenden Umstände derart in den Hintergrund geschoben und verdunkelt wird, daß es nicht mehr als eine notwendige Bedingung des Eintritts des Erfolges, als „unentbehrliches Glied in der Reihe der den Schaden bewirkenden äußeren Vorgänge" (Endemann) nachweisbar ist [3]).

---

[2]) Vgl. zB. l. 10 § 1 D. 14, 2: Wenn A. seinen Spediteur B. beauftragt, Waren auf das Schiff Columbia zu verfrachten, B. jedoch ohne ersichtlichen Grund die Waren durch die Normannia schickt, so haftet B. zwar, wenn dieses Schiff auf der Reise untergeht, nicht aber, wenn beide Schiffe untergehen.

[3]) Dernburg stellt die Formel auf, daß für eine Beschädigung nicht gehaftet wird, wenn das verantwortlich machende Ereignis nach der Anschauung des Lebens nicht mehr als die Ursache, sondern höchstens als die entfernte Veranlassung der Beschädigung erscheint.

Es ist heute lediglich Sache des richterlichen Taktes, wann er den dem Kläger obliegenden Beweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem von dem Beklagten zu vertretenden Ereignis und dem Schaden des Klägers als geführt erachtet. Nach CPO. § 287 (alte CPO. § 260) gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (I, 209) auch für die Feststellung des Kausalnexus: „Ist unter den Parteien streitig ob ein Schaden entstanden sei . . ., so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung."

Eine bloße Möglichkeit des ursächlichen Zusammenhangs genügt hiernach nicht; zB. ein Waldbrand bricht aus, es wird nur

Digitized by Google

Streitig und auch durch das BGB. nicht entschieden sind u. a. folgende Fälle:

α. Bevor das zu vertretende Ereignis seine volle Wirksamkeit äußern konnte, werden die zu erwartenden Folgen durch ein anderes selbständiges Ereignis verändert (sog. **Unterbrechung des Kausalnexus**); zB. A. verwundet den B. tötlich, bevor B. an der Wunde stirbt, wird er von C. oder vom Blitz erschlagen (l. 11 § 3, l. 15 § 1 D. 9, 2). Dann ist die Verwundung durch A. kein notwendiges Glied in der Reihe der Ereignisse, die den Tod des B. herbeigeführt haben. A. haftet also nur für den durch die Verwundung, nicht für den durch den Tod des B. herbeigeführten Schaden. Anders, wenn das spätere Ereignis nur in Folge des früheren hat wirksam werden können; zB. der von A. verwundete B. kann vor

---

festgestellt, daß A. B. und C. mit brennender Cigarre durch den Wald gegangen sind, nicht aber, wer den Brand verursacht hat (vgl. ERG. 29, 139). Andererseits will CPO. § 287 (§ 260) den Kläger gerade von der Notwendigkeit befreien, den Zusammenhang in völlig schlüssiger Weise im Einzelnen darzulegen. Daher ist zB. in ERG. 14, 141 der durch die Explosion einer Pulverfabrik verursachte Schaden dem Betriebsunternehmer auferlegt worden, trotzdem die Ursache der Explosion nicht aufgeklärt, sondern dem Betriebsunternehmer nur eine Reihe von Ordnungswidrigkeiten bewiesen war, die die Ursache der Explosion sein konnten.

Das ALR. hatte zwei Vermutungen aufgestellt, wonach in gewissen Fällen ein möglicher Zusammenhang bis zum Gegenbeweise (so in § 25 I, 6, **praesumtio juris**) oder sogar ohne Zulassung eines Gegenbeweises (§ 26 I, 6, **praesumtio juris et de jure**) als vorhanden anzunehmen war; vgl. ALR. I, 6 §§ 24—26:

„Daß jemand durch die Schuld eines Anderen beschädigt worden, wird nicht vermutet.

Wer aber in der Ausübung einer **unerlaubten Handlung** sich befunden hat, der hat die Vermutung wider sich, daß ein bei solcher Gelegenheit entstandener Schade durch seine Schuld sei verursacht worden.

Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes **Polizeigesetz** vernachlässigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre."

Das BGB. hat diese Vermutungen nicht aufgenommen.

Digitized by Google

einem herannahenden Gewitter nicht mehr flüchten oder er begiebt sich zu einem Arzte, der ihn mit einer unreinen Sonde untersucht und dadurch seinen Tod herbeiführt (so Liszt, anders Endemann). So hat zB. das Reichsversicherungsamt den Hinterbliebenen eines leicht verletzten Arbeiters die Unfallsrente zugebilligt, der in der Cholerazeit zur Heilung seiner Verletzung in das Hamburger Krankenhaus geschafft wurde, dort die Cholera bekam und starb. Das Reichsgericht (ERG. 29, 120) hat sogar den ursächlichen Zusammenhang unter Umständen selbst durch eine freiwillige Thätigkeit des Beschädigten nicht für unterbrochen angesehen: A. hatte als Kutscher des B. schuldhafter Weise die Gewalt über die Pferde verloren, B. war vom Wagen gesprungen, ohne sich zu verletzen, war dann aber bei dem Versuche, die Pferde aufzuhalten, um ein noch im Wagen befindliches Familienglied zu retten, verunglückt; ferner: A. hatte, um bei Glatteis den nicht bestreuten, ihm deshalb gefährlich erscheinenden Bürgersteig vor dem Hause des B. zu vermeiden, sich auf den Straßendamm begeben und war dort verunglückt. In beiden Fällen wurde der Kausalnexus zwischen dem die Beklagten verantwortlich machenden Ereignisse und dem eingetretenen Schaden als vorhanden angesehen.

β. Das zu vertretende Ereignis ist nur dadurch schädlich geworden, daß bei dem Beschädigten besondere, von dem Beschädiger nicht vorherzusehende Verhältnisse vorlagen; zB. A. giebt B. einen für einen normalen Menschen ganz unschädlichen Schlag, B. hatte früher einen Schädelbruch erlitten und stirbt an den Folgen des Schlages. Nach der richtigen Meinung haftet man für alle, auch die zufälligen Folgen eines zu vertretenden Ereignisses (casus mixtus, unten S. 125), nicht nur für die sogenannte „adäquate Verursachung", d. h. diejenigen Folgen, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erwartet werden konnten.

γ. Ist ein schädigender Erfolg durch die gemeinsame Mitwirkung mehrerer Personen herbeigeführt worden, so haftet grundsätzlich jeder nur für den von ihm ver-

Digitized by Google

ursachten Schaden. Nur für unerlaubte Handlungen hat das BGB. § 830 eine Sonderbestimmung: „Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung (zB. einen Diebstahl) einen Schaden verursacht, so ist jeder für den (ganzen) Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren (zB. an einer Schlägerei) Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat." Hierbei werden im Gegensatze zum StrGB. §§ 47 ff. (vgl. jedoch § 227, Schlägerei) Anstifter und Gehülfen wie Mitthäter behandelt.[4])

3. Verantwortlichkeit.

α. Allgemeines.

Nach dem Vorstehenden setzt jeder auf das Verhalten einer Person gestützte Schadensersatzanspruch voraus, daß der Schaden von dieser Person verursacht ist. Die Feststellung eines solchen ursächlichen Zusammenhangs genügt aber regelmäßig noch nicht, um die Verantwortlichkeit des Schädigers, d. h. seine Verpflichtung zum Schadensersatze zu begründen. Während nämlich das ältere deutsche Recht, wie II, 494 dargelegt, auf dem Veranlassungsprinzip oder der Erfolghaftung beruht, ist für das entwickelte römische und das moderne Recht das Verschuldensprinzip festzuhalten. Danach ist die Verantwortlichkeit für einen Schaden außer von der Verursachung (causa) regelmäßig noch davon abhängig, daß den Schädiger ein Verschulden (culpa) trifft (vgl. Jhering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht). Über Begriff, Arten und Grund des Verschuldens, sowie darüber, welcher Grad

---

[4]) Das ALR., das überhaupt den Umfang der Schadenshaftung nach dem Verschulden der Beteiligten abstufte (unten S. 126[7]), läßt „einen für alle und alle für einen" dann haften, wenn Mehrere zur Zufügung des Schadens aus Vorsatz oder grobem Versehen mitgewirkt hatten oder wenn die Beteiligung des Einzelnen nicht festzustellen war. Im Übrigen haftet jeder nur für den von ihm verursachten Schaden (ALR. I, 6 §§ 29 ff.).

Digitized by Google

im einzelnen Falle von dem Verursacher zu „vertreten" ist, ist unten zu sprechen (§ 81).

Hiernach sind causa und culpa die regelmäßigen, streng von einander zu scheidenden Voraussetzungen jeder Schadensersatzpflicht. Nicht immer bedarf es aber des Zusammentreffens beider Umstände zur Begründung der Schadensersatzpflicht. Es giebt nämlich Fälle, in denen die Verursachung allein, auch ohne culpa, die Pflicht zum Schadensersatze begründet (Verantwortlichkeit ohne Verschulden, unten β.). Ihnen anzuschließen sind die (unmittelbar auf Gesetz beruhenden, S. 59) Fälle, in denen sogar von dem Vorhandensein einer causa abgesehen und jemand für einen Schaden verantwortlich gemacht wird, den er nicht verursacht hat (Verantwortlichkeit ohne Verursachung, unten γ.). Diesen beiden Arten stehen Fälle gegenüber, in denen trotz Vorliegens von causa und culpa eine Verantwortlichkeit nicht oder nur beschränkt eintritt, weil der Beschädigte durch eigene Schuld den Schaden herbeigeführt oder vergrößert hat (sog. Kulpakompensation, unten δ.).

β. Verantwortlichkeit ohne Verschulden.

a. Wie schon S. 52 angedeutet, wird zuweilen durch berechtigtes, also nicht schuldhaftes Eingreifen in eine fremde Rechtssphäre eine Schadensersatzpflicht begründet; so im Falle der Enteignung (II, 512), ferner nach BGB. §§ 231 (Schadensersatzpflicht bei irriger Annahme der Voraussetzungen rechtmäßiger Selbsthülfe), 678 (Haftung des Geschäftsführers bei negotiorum gestio gegen den Willen des Geschäftsherrn), 904 (Schadensersatzrecht des Eigentümers der von einem Anderen in berechtigtem Notstand angegriffenen Sache, III, 626[4]), 917 (Rentenrecht der zur Gestattung des Notwegs verpflichteten Nachbarn, II, 520[17]). Über die Haftung des falsus procurator vgl. III, 542, bei unrichtiger Übermittelung III, 399. Hierher gehört auch der bisher bestrittene, aber in der neuen CPO. §§ 302 Abs. 4, 717 Abs. 2, 945 (vgl. I, 318[3]) durchgeführte Grundsatz, daß die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, einem Arrest oder einer

Digitized by Google

einstweiligen Verfügung auf Gefahr des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers geschieht, d. h. diesen bei späterer Aufhebung des Vollstreckungstitels selbst dann zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihm bei dessen Erwirkung kein Verschulden zur Last fiel. Ferner umfaßt nach § 91 CPO. in der neuen Fassung die Verpflichtung zur Kostenerstattung auch die Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis. Endlich haben Zeugen und Sachverständige nach Maßgabe der Gebührenordnung vom 30. Juni 1878 Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis (Zeugen bis 1, Sachverständige bis 2 Mk. auf die Stunde); sie wird aus der Staatskasse gezahlt und als „bare Auslage" (§ 79[4] des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878) von der kostenpflichtigen Partei wieder eingezogen.

b. Wie nach deutschem Recht, so auch nach ALR. und BGB. ist der von willens- und daher verschuldensunfähigen Personen angerichtete Schaden von ihnen in gewissen Schranken zu ersetzen (BGB. § 829, vgl. II, 495[9]).

γ. Verantwortlichkeit ohne Verursachung.

Vielfach vorgesehen ist eine Haftung für die von Anderen angerichteten Schäden (vgl. II, 496[10]), so besonders des Geschäftsherrn für Gehülfen (unten S. 123), des Rhebers für die Schiffsbesatzung, des Betriebsunternehmers für die Dienstaufsichtsbeamten, des Fiskus für die Grundbuchbeamten.[5]) Ferner gehören hierher die actio de

[5]) Eine fernere Haftung des Fiskus für Handlungen seiner Beamten ist begründet durch das RG. vom 20. Mai 1898 betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, dessen § 1 bestimmt: „Personen, welche im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes mit einer geringeren Strafe belegt werden, können Entschädigung aus der Staatskasse verlangen, wenn die früher erkannte Strafe ganz oder teilweise gegen sie vollstreckt worden ist. Das Wiederaufnahmeverfahren muß die Unschuld des Verurteilten bezüglich der ihm zur Last gelegten That oder bezüglich eines die Anwendung eines

Digitized by Google

effusis et dejectis, das receptum cauponum, sowie alle Fälle der Haftung „bis zur höheren Gewalt"; hierüber ist unten zu sprechen. Kraft Gesetzes haftet man endlich in gewissen Fällen für die durch Tiere und leblose Sachen verursachten Schäden (II, 498[11]), besonders für den Wildschaden (II, 64[11]).

δ. Kulpakompensation.[6])

Es handelt sich hier um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein an sich begründeter Schadensersatzanspruch in Folge eines Verhaltens des Beschädigten fortfällt oder eingeschränkt wird.

---

schwereren Strafgesetzes begründenden Umstandes ergeben oder doch dargethan haben, daß ein begründeter Verdacht gegen den Angeklagten nicht mehr vorliegt." Haftbar ist die Kasse des Bundesstaats, bei dessen Gerichte das Strafverfahren in I. Instanz anhängig war, in erstinstanzlichen Reichsgerichtssachen die Reichskasse. Über die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung wird von dem im Wiederaufnahmeverfahren erkennenden Gerichte durch besonderen, gleichzeitig mit dem Urteil zu fassenden und sodann zuzustellenden Beschluß entschieden. Dieser ist nicht besonders anfechtbar, tritt aber mit Fortfall des Urteils außer Kraft. Der Entschädigungsanspruch ist bei der Staatsanwaltschaft des Wiederaufnahmegerichts binnen 3 Monaten seit Zustellung des Beschlusses geltend zu machen. Die Entscheidung erfolgt durch das Justizministerium, dessen Beschluß binnen 3 Monaten auf dem Rechtsweg (und zwar ohne Rücksicht auf den Streitwert bei der Civilkammer des Landgerichts, GVG. § 70) angefochten werden kann.

[6]) Dieser übliche Ausdruck ist nicht umfassend genug. Es handelt sich hierbei zwar vielfach, aber nicht immer um Ausgleichung eines Verschuldens des Schädigers durch ein solches des Beschädigten. So bestimmt zB. § 1 Abs. 3 des RG. vom 20. Mai 1898 betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen (Anm. 5): „Der Anspruch auf Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn der Verurteilte die frühere Verurteilung vorsätzlich herbeigeführt oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat." Hier wird eine kraft Gesetzes, nicht kraft Verschuldens, dem Fiskus obliegende Entschädigungspflicht durch Verschulden des Beschädigten beseitigt. Von Kompensation der Kulpa kann also hier nicht gesprochen werden. Ebenso findet BGB. § 254 auch auf die kraft Verantwortlichkeit ohne Verschulden eintretende Schadensersatzpflicht Anwendung.

Digitized by Google

Für das Gemeine Recht wird unter Zugrundelegung der l. 203 D. 50, 17: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire“ der Grundſatz aufgeſtellt, daß — abgeſehen von argliſtiger (doloſer) Schadenszufügung — ſelbſt bei Vorliegen von causa und culpa Erſatz nicht geleiſtet zu werden braucht, wenn der Beſchädigte den Schaden durch gehörige Sorgfalt hätte abwenden oder mindern können.[7])

Das ALR. hat eine verwickelte Abwägung des beiderſeitigen Verſchuldens vorgenommen.[8])

Das BGB. beſtimmt in § 254: „Hat bei der Entſtehung des Schadens ein Verſchulden des Beſchädigten mitgewirkt, ſo hängt die Verpflichtung zum Erſatze ſowie der Umfang des zu leiſtenden Erſatzes von den Umſtänden, insbeſondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verurſacht worden iſt.

Dies gilt auch dann, wenn ſich das Verſchulden des Beſchädigten darauf beſchränkt, daß er unterlaſſen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerkſam zu machen,[9]) die der Schuldner weder kannte

---

[7]) Vgl. aus den Quellen zB. l. 9 § 4 D. 9, 2: **Si per lusum jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenebitur.**

[8]) ALR. I, 6 § 28 ff. Fällt zur Laſt:

dem Beſchädiger:	dem Beſchädigten:	ſo wird erſtattet:
1. Vorſatz oder grobes Verſehen	1α Vorſatz	1α nichts
	1β Grobes Verſehen	1β nur unmittelbarer Schaden
2. Mäßiges oder geringes Verſehen	2α Vorſatz oder grobes Verſehen	2α nichts
	2β Mäßiges Verſehen	2β nur unmittelbarer Schaden
	2γ Geringes Verſehen	2γ aller Schaden.

[9]) ZB. A. beſtellt einen Wagen zu einem Frühzuge. Durch Nachläſſigkeit des Fuhrherrn wird die Beſtellung vergeſſen, A. fällt mit einer Hypothek in dem Verſteigerungstermine, zu dem er fahren

Digitized by Google

noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.[10]) Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."[11])

c. Art und Umfang des Schadensersatzes.

1. Ersatzleistung und Geldentschädigung.

Im BGB. § 249 Satz 1 und § 251 Abs. 1 sind in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht (vgl. ALR. I. 6 § 79) die beiden die Art des Schadensersatzes leitenden Grundsätze dahin zusammengefaßt:

„Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den

---

wollte, aus; oder: B. übernimmt aus Gefälligkeit die persönliche Besorgung eines Briefes des A., in dem dieser dem C. 10 000 Mk. in Banknoten übersendet, B. verliert den Brief; oder: A. hat sich bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von 10 000 Mk. für den Tag verpflichtet, eine Hoteleinrichtung spätestens am 1. Oktober zu liefern, seine Lieferanten lassen ihn im Stich. In allen diesen Fällen haften die Beschädiger nur, wenn sie auf die Höhe des zu erwartenden Schadens hingewiesen waren. Vgl. hierzu auch noch HGB. § 429 (altes HGB. Art. 395) Abs. 2: „Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Wert des Gutes bei der Übergabe zur Beförderung angegeben worden ist."

[10]) Wie weit die Pflicht des Bedrohten geht, durch eigene Kraftaufwendung den ihm drohenden Schaden abzuwenden oder zu beschränken, ist unter Festhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Besonders streitig ist in neuerer Zeit die Frage geworden, ob die Verweigerung der Genehmigung zu einer ärztlichen Behandlung, insbesondere einer Operation, die einen Schaden zu beseitigen oder zu beschränken geeignet ist, als ein die Schadensersatzpflicht aufhebendes schuldhaftes Verhalten des Beschädigten anzusehen ist. Diese von Endemann (die Rechtswirkungen einer Operation, 1893) verneinte Frage läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden.

[11]) Nach § 278 hat der Schuldner (das ist im Falle des § 254 Abs. 2 der Beschädigte) ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Vgl. ferner noch § 846 (Anwendung der Kulpakompensation auf den von einem Dritten, z.B. einem unterhaltsberechtigten Kinde des Getöteten, erlittenen Schaden).

Digitized by Google

Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

„Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen."

α. Ersatzleistung.

Hiernach ist der Ersatzpflichtige an erster Stelle zur sog. Naturalrestitution verpflichtet, d. h. er hat den Zustand herzustellen, der ohne das Dazwischentreten des zum Schadensersatze verpflichtenden Umstands bestanden hätte. Die Gesamtbedeutung, die dieser Umstand für die Rechtslage des Beschädigten hat, wird als das „Interesse" des Gläubigers (id quod ejus interest, nämlich daß der Umstand nicht eingetreten wäre) bezeichnet.

Die Verschlechterung der Rechtslage des Beschädigten kann sich einmal darin zeigen, daß er in Folge des vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden Umstands ein erworbenes Rechtsgut verloren hat (sog. damnum emergens, wirklicher Schaden) oder darin, daß er an dem Erwerb eines ihm in Aussicht stehenden Rechtsguts gehindert ist (lucrum cessans, entgangener Gewinn; in HGB. § 779 heißt der von der Ankunft der Güter am Bestimmungsort erwartete Gewinn „imaginärer Gewinn"). Nach Gemeinem Recht und BGB. § 252 umfaßt der zu ersetzende Schaden in allen Fällen auch den entgangenen Gewinn.[12]) Als

[12]) Dagegen stufte das ALR. I, 6 §§ 10 ff. den Umfang des zu ersetzenden Schadens nach dem den Schadensersatzpflichtigen treffenden Verschulden ab und verpflichtete ihn regelmäßig nur bei Vorsatz oder grobem Versehen zu „vollständiger Genugthuung", bei mäßigem Versehen nur zum Ersatze des „wirklichen" (mittelbaren und unmittelbaren), bei geringem nur zum Ersatze des „unmittelbaren" Schadens. Diese Abstufung wurde für Handelssachen schon durch das (alte) HGB. Art. 28.4 aufgegeben.

Während ferner nach ALR. I, 6 §§ 4, 16 der nicht vorherzusehende, vom ALR. sog. zufällige Schade nur vergütet werden muß, wenn die Handlung wider ein Verbotsgesetz ist, hat der Ersatzpflichtige nach Gem. R. und BGB. stets auch für die nicht vorherzusehenden Folgen eines von ihm zu vertretenden Umstands einzustehen. Wenn also zB. Bankier A. den ihm für den 1. Mai aufge-

Digitized by Google

entgangen gilt jedoch in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht (vgl. ALR. I, 6 § 6) nur der Gewinn, „welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“[13]). Daß ferner die Schadensersatzpflicht nicht nur den unmittelbaren (damnum circa rem), sondern bei vorhandenem Kausalzusammenhang auch den mittelbaren Schaden (damnum extra rem) umfaßt, ist bereits S. 53 dargelegt.

β. Geldentschädigung.

Ist Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich, so ist der Geschädigte — von später zu besprechenden Ausnahmefällen abgesehen, S. 65 — in Geld zu entschädigen (über Entschädigungen in Land bei Separationen und Ablösungen vgl. II, 460[10], 605[2]). Hierbei kommt bei

---

tragenen Verkauf der Aktien einer Schiffahrtsgesellschaft versäumt, muß er auch für den Kursrückgang aufkommen, der in Folge eines Schiffsuntergangs bis zur Bewirkung des Verkaufs eintritt.

Ausnahmsweise wird auch vom Reichsrecht die Art des Verschuldens in Rücksicht gezogen. So beschränkt sich die Haftung des Frachtführers grundsätzlich auf den gemeinen Wert (S. 65), nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (nach dem alten HGB. bei „böslicher Handlungsweise“, unten S. 114[4]) ist der volle Schaden zu ersetzen (HGB. § 430, altes HGB. Art. 396).

[13]) Wenn A. den Musiker B. in einem Streite zu Boden schlägt, so kann dieser von A. nicht nur die Heilungskosten der Verletzung (unmittelbarer Schaden) und den Ersatz für sein bei dem Falle zertrümmertes Instrument (mittelbarer Schaden) beanspruchen, sondern auch seinen durchschnittlichen Verdienst während seiner Erwerbsunfähigkeit, nebst dem außerordentlichen Verdienste, den er bei Festlichkeiten in seinem Kundenkreise voraussichtlich gewonnen hätte (entgangener Gewinn). Nicht aber kann er zB. anführen, er sei, als er von A. niedergeschlagen wurde, auf dem Wege zum Lotsehändler H. gewesen, um dort das Los Nr. 5443, von dem er geträumt habe und das nachher mit dem Hauptgewinne gezogen sei, zu erwerben. Vgl. ferner l. 20 D. 18, 6: „**Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.**“

Digitized by Google

entzogenen oder in ihrem Werte verminderten Vermögensstücken ein doppelter Maßstab in Betracht. Es kann mindestens der allgemeine Wert, den der Gegenstand für jedermann hat (verum rei pretium, nach ALR. gemeiner Wert), meist aber auch der besondere Wert, den er gerade für den Geschädigten hat, beansprucht werden (omne quod interest, vgl. l. 13 pr. D. 46, 8: „quantum mea interfuit[14]), id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui," nach ALR. außerordentlicher Wert). Dagegen braucht nach Gemeinem Recht und BGB. in keinem Falle das sog. Affektionsinteresse ersetzt zu werden,[15]) d. h. der Wahnwert, den ein Gegenstand wegen besonderer Eigenschaften in den Augen des Berechtigten hat (z.B. die Katze einer alten Jungfer).

γ. Ausnahmefälle.

Die Regel, daß an erster Stelle Naturalrestitution zu erfolgen hat, an deren Stelle im Notfalle Geldentschädigung tritt, ist in einer doppelten Reihe von Fällen verlassen.

1) Unter gewissen Voraussetzungen kann der Gläubiger von vornherein Geldentschädigung verlangen[16]) oder braucht der Schuldner nur Geldersatz zu leisten.[17])

---

[14]) Der Ausdruck „quanti ea res est" bedeutet in den Quellen bald den gemeinen Wert (l. 179, 193 D. 50, 16), bald das volle Interesse (l. 68 D. 6, 1; l. 3 § 11 D. 43, 17).

[15]) Vgl. l. 33 pr. D. 9, 2 (Paulus): Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.

Dagegen haftet nach ALR. I, 6 § 87 der Beschädiger bei vorsätzlicher Schadenszufügung auch für den Wert der besonderen Vorliebe, der entsteht „aus bloß zufälligen Eigenschaften oder Verhältnissen einer Sache, die derselben in der Meinung des Besitzers einen Vorzug vor allen anderen Sachen gleicher Art beilegen" (I, 2 § 115).

[16]) Aus dem BGB. gehören hierher:

α. § 249 Satz 2: „Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen." Der Beschädigte hat hiernach ein Wahlrecht. Wenn

Digitized by Google

2) Bisweilen tritt Geldersatz nicht an die Stelle einer unmöglichen Ersatzleistung. So bestimmt insbesondere BGB. § 253 in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden."

Damit ist zum Ausdrucke gebracht, daß für den sog. immateriellen Schaden, soweit die Herstellung — zu der der Schuldner auch hier verpflichtet ist — nicht möglich ist, eine Entschädigung in Geld grundsätzlich nicht eintritt.[18]) Es sind jedoch zahlreiche Ausnahmen anerkannt.

---

mir also jemand schuldhafter Weise meinen Frack zerreißt, so brauche ich die Reparatur nicht dem Schuldigen zu überlassen, sondern kann selbst dafür Sorge tragen und Erstattung der Auslagen verlangen (§ 257). Wie weit eine Reparatur überhaupt zu gestatten ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben besonders häufig zur Anwendung gelangen wird. Ich bin nicht verpflichtet, einen sichtlich gestopften Frack zu tragen: andererseits kann ich nicht einen neuen Frack verlangen, wenn jemand mir einen Ärmel in der Naht ausreißt.

β. § 250: „Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen." Hiermit in Verbindung steht der neu in die CPO. aufgenommene § 255 (§ 230b): „Hat der Kläger für den Fall, daß der Beklagte nicht vor dem Ablauf einer ihm zu bestimmenden Frist den erhobenen Anspruch befriedigt, das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder die Aufhebung eines Vertrags herbeizuführen, so kann er verlangen, daß die Frist im Urteile bestimmt wird."

[17]) Vgl. BGB. § 251 Abs. 2: „Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist."

[18]) Von manchen Seiten (Gierke, Ihering) ist die Zubilligung einer Vermögensentschädigung bei Verletzung idealer Güter im Anschluß an die französische, auf Code civil art. 1382 ff. gestützte Praxis befürwortet worden. Dies ist jedoch vom BGB. nicht aufgenommen. Übrigens hat das Reichsgericht (ERG. 7, 295) einen Vermögensanspruch für dommage moral (Ehrenkränkungen, Verursachung von Schmerzen) auch auf Grund des Code civil abgelehnt.

Digitized by Google

a. Im Strafgesetzbuch und einigen anderen Reichsgesetzen ist zu Gunsten eines Geschädigten ein neben der Strafklage geltend zu machender Anspruch auf Buße anerkannt.[19]) Diese Buße ist an die Stelle der römischen Privatklagen, besonders der actio injuriarum aestimatoria, getreten, die außer der Bestrafung des Thäters eine Entschädigung des Beschädigten auch wegen der Nachteile bezweckten, die nach ihrem ursächlichen Zusammenhang oder ihrer Höhe nicht nachweisbar waren. Die Buße ist jedoch nicht, wie Manche annehmen, eine Strafe, sondern sie bezweckt, dem Geschädigten eine Genugthuung in leichterer und umfassenderer Weise zu gewähren, als dies auf dem Civilwege möglich wäre.[20]) Der Richter kann deshalb bei Bemessung der Buße — innerhalb der gesetzlichen Schranken, Anm. 19 — auch den „immateriellen Schaden" in Rücksicht ziehen.[21])

---

[19]) Die Buße ist zugelassen:

α. im StGB. § 188 für die Fälle der §§ 186, 187 (üble Nachrede und Verleumdung, nicht aber § 185, einfache Beleidigung), jedoch nur dann, wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt; ferner in allen Fällen der Körperverletzung (§ 231); Höchstbetrag: 6000 Mk.;

β. in den Urheberrechtsgesetzen (III, 219) vom 11. Juni 1870 §§ 18, 43, 45, vom 9. Januar 1876 § 16, vom 10. Januar 1876 § 9, vom 11. Januar 1876 § 14; Höchstbetrag: 6000 Mk.;

γ. in den Gewerbeschutzgesetzen (Patentgesetz vom 7. April 1891 § 37, Gebrauchsmustergesetz vom 1. Juni 1891 § 11, Warenbezeichnungsgesetz vom 12. Mai 1894 § 18, RG. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 § 14); Höchstbetrag: 10000 Mk.

[20]) Daher wird durch eine Begnadigung die zuerkannte Buße nicht berührt und richtet sich die Verjährung des Bußanspruchs nach den Vorschriften des Civil-, nicht des Strafrechts. Eine zuerkannte Buße schließt die Geltendmachung eines „weiteren" Entschädigungsanspruchs im Civilwege aus, nicht aber umgekehrt. Nur wird natürlich die Höhe der zuzusprechenden Buße davon abhängen, ob der Geschädigte bereits auf dem Prozeßwege Genugthuung erhalten hat.

[21]) Der Anspruch auf Buße kann nur neben einem Strafverfahren, nicht selbständig erhoben werden und erledigt sich von selbst durch Freisprechung des Angeklagten und Beendigung des

Digitized by Google

b. Die gemeinrechtliche Praxis gewährte bei Körperverletzungen (im Anschluß an Art. 20 der PGO., Entschädigung des ungerecht Gefolterten) auch ohne Nachweis eines Vermögensnachteils ein Schmerzensgeld, besonders wenn einem Mädchen durch Verunstaltung die Gelegenheit zur Heirat erschwert wurde (sog. Narbengeld). Dies ging auch in das ALR. I, 6 §§ 112, 123 ff. (vgl. II, 499[18]) über.

Nach BGB. § 847 Abs. 1 kann im Falle der Körperverletzung und Freiheitsentziehung[22]) der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine „billige Entschädigung in Geld" verlangen. Der Anspruch ist erst nach vertragsmäßiger Anerkennung oder Rechtshängigkeit übertragbar und vererblich. Ein gleicher Anspruch steht ferner nach BGB. § 847 Abs. 2 einer Frauensperson zu, gegen die ein Sittlichkeitsverbrechen oder -vergehen begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung be-

Verfahrens ohne Urteil. Der Geschädigte muß den Anspruch, soweit er nicht als Privatkläger auftritt (StPO. § 446), im Wege der Nebenklage nach Maßgabe der StPO. §§ 435—445 geltend machen. Der Antrag auf Zuerkennung einer Buße muß dem Gerichte schriftlich bis zur Verkündung des Urteils I. Instanz eingereicht werden. Er muß einen bestimmten Betrag angeben, über den das Gericht nicht hinausgehen darf, kann bis zur Verkündung des Urteils (letzter Instanz) zurückgenommen, dann aber nicht mehr erneuert werden. Der Anspruch auf Buße ist streng persönlich (**actio vindictam spirans**, I, 276[9]); er ist nicht abtretbar und kann von den Erben des Verletzten weder erhoben noch fortgesetzt werden. Dagegen ist die rechtskräftig zugesprochene Buße natürlich abtretbar und vererblich. Mehrere zu einer Buße Verurteilte haften als Gesamtschuldner. Die Beitreibung erfolgt nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Civilurteile (StPO. § 495), eine Umwandlung der nicht beitreibbaren Buße in Freiheitsstrafe findet nicht statt.

Das Verfahren auf Zuerkennung einer Buße erfolgt hiernach zwar in den Formen des Strafprozesses, untersteht aber in manchen Beziehungen civilprozessualen Grundsätzen, so hinsichtlich der Unzulässigkeit des Hinausgehens über den Antrag und der Vollstreckung.

[22]) Über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen durch den Staat gemäß RG. vom 20. Mai 1898 vgl. oben S. 59[5].

Digitized by Google

stimmt wird (vgl. BGB. § 825 und II, 500[14]). Endlich kann nach BGB. § 1300 eine unbescholtene Verlobte, die ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine „billige Entschädigung in Geld" verlangen, falls das Verlöbnis durch Rücktritt oder Schuld des Verlobten aufgelöst wird.

c. Nach BGB. § 343 ist bei der Beurteilung der Angemessenheit einer verwirkten Vertragsstrafe jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen (unten S. 227).

2. Gesetzliche Beschränkungen des Geldersatzes.

α. Nach Justinians l. un. § 1 C. 7, 47[23]) soll der Richter als Geldersatz höchstens das Doppelte des Wertes der Sache, sofern dieser bestimmt ist, zusprechen. Dernburg hält die Vorschrift für eine prozeßrechtliche Beschränkung der freien Beurteilung durch den Richter und erklärt sie daher für durch § 287 (bisher § 260) CPO. aufgehoben. Die herrschende Meinung (so auch ERG. 10, 193) nimmt dagegen ihre Fortdauer an. Durch das BGB. ist sie jedenfalls beseitigt[24]).

β. Kein Schadensersatz wird für entgangenen Gewinn gewährt, falls dieser nur durch eine unerlaubte oder unsittliche Thätigkeit sich hätte erzielen lassen. Ein Schmuggler oder eine Dirne können also zB. eine für eine Körperverletzung beanspruchte Entschädigung nicht damit begründen,

---

[23]) L. un. § 1 C. De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur 7, 47: „Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere." Die Vorschrift hat im Gemeinen Recht zahlreiche Streitfragen hervorgerufen, besonders ob sie sich nur auf das Erfüllungsinteresse aus Kontrakten oder auch auf außerkontraktliche Schäden bezieht und welche Fälle als casus certi zu betrachten sind.

[24]) Auch das ALR. kennt die Beschränkung nicht; Anklänge finden sich jedoch mehrfach, zB. in I, 5 § 301, wonach der Richter eine das Doppelte des wirklich auszumessenden Interesses übersteigende Vertragsstrafe bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigen soll.

Digitized by Google

daß sie durch die Verletzung in ihrem gewohnten Erwerbe geschädigt seien.

γ. Gemeinrechtlich wird aus einer auf die cautio damni infecti bezüglichen Digestenstelle[25]) vielfach der Schluß gezogen, daß Luxusgegenstände nicht ersetzt zu werden brauchen. Dieser (u. a. von Dernburg auch für das Gemeine Recht bestrittene) Satz hat für das ALR. und das BGB. jedenfalls keine Bedeutung.

δ. Hat der von jemandem zu vertretende Umstand (zB. eine einheitliche, wenngleich sich in verschiedenen Akten zeigende Geschäftsführung, l. 10 D. 3, 5) gleichzeitig Gewinn und Verlust zur Folge, so liegt ein wirklicher Schaden nur soweit vor, als der Nachteil den Vorteil übersteigt (sog. compensatio lucri cum damno)[26]). Von einer wahren Aufrechnung für den Fall, daß ein Umstand Nachteil, ein anderer, wenn auch mit dem ersteren in Verbindung stehender Umstand Vorteil nach sich zieht, ist jedoch keine Rede[27]).

---

[25]) Vgl. l. 40 pr. D. 39, 2: „**Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel inmoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio (Aufwand) facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.**

[26]) Nach der besonderen Vorschrift des Pr. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 § 10 kommt eine Werterhöhung, welche das abzutretende Grundstück in Folge der neuen Anlage hat, bei Bemessung der Entschädigung nicht in Anschlag. Dagegen finden sich Anwendungsfälle der obigen Regel in BGB. § 324 Satz 2, 615 Satz 2, 649 Satz 2 (unten S. 215).

[27]) Wenn also A. den B. erschlägt, dann braucht sich B.s Witwe auf die von A. geschuldete Entschädigung die ihr zustehende Witwenpension oder die aus einer Lebensversicherung erhaltene Summe nicht anrechnen zu lassen, ERG. 10, 50. Im alten HGB. Art. 94 war ausdrücklich ausgesprochen, daß ein Gesellschafter gegen den der Gesellschaft durch sein Verschulden entstandenen Schaden nicht die Vorteile aufrechnen kann, die er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat. Das BGB. und das neue HGB. haben diese an sich zweifellos richtige Regel nicht aufgenommen, weil die Entscheidung solcher Fragen der Rechtsprechung überlassen bleiben müsse.

Digitized by Google

3. Ort und Zeit für die Schadensberechnung.

α. Der Schadensberechnung ist bei Schadensersatzansprüchen aus Verträgen grundsätzlich der Erfüllungsort, im übrigen der Ort, wo die Verletzung stattfand, zu Grunde zu legen.

β. Hinsichtlich des Zeitpunktes gewährte die lex Aquilia dem Geschädigten das Recht, für getötete Sklaven und Tiere den höchsten Wert des letzten Jahres vor der Tötung (quanti id in eo anno plurimi fuit, l. 2 pr. D. 9, 2), für sonstige Sachbeschädigung den höchsten Wert der letzten 30 Tage (quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, l. 27 § 5 D. 9, 2) zu Grunde zu legen[28]). Diese einen Strafcharakter tragenden Vorschriften sind nicht rezipiert. Vielmehr ist sowohl nach Gem. R. als nach BGB. der für die Schadensberechnung zu Grunde zu legende Zeitpunkt nach Maßgabe des einzelnen Falles zu ermitteln. Grundsätzlich wird der Augenblick der Urteilsfällung (oder genauer der der letzten mündlichen Verhandlung, I, 274[7]) maßgebend sein. Es ist aber einerseits möglich, daß der endgültige Umfang der Beschädigung in diesem Zeitpunkte noch gar nicht ermittelt werden kann, weil der von dem Schuldner zu vertretende Umstand auch für die Zukunft noch schädliche Folgen nach sich zu ziehen droht[29]) oder

---

[28]) In ähnlicher Weise läßt ALR. I, 6 § 85 bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Beschädigung den höchsten Wert in der Zeit zwischen Schadenszufügung und Klagezustellung entscheiden.

[29]) Der Geschädigte braucht mit der Klage nicht zu warten, bis er den gesamten Schaden genau beziffern kann. Er ist vielmehr befugt, den gegenwärtig festzustellenden Schaden gesondert einzuklagen. Handelt es sich um fortlaufend sich erneuernde Schäden, zB. eine durch eine Körperverletzung herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit, so ist für die zuzusprechenden wiederkehrenden Leistungen (zB. für die nach BGB. §§ 843, 844 zu gewährende Rente) der Augenblick des Urteils zu Grunde zu legen. Treten später Veränderungen ein, so ist das Urteil entsprechend zu ändern. Hierüber bestimmt jetzt CPO. § 323 (neuer § 293[a]): „Tritt im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse ein, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so

Digitized by Google

umgekehrt der Schaden vermutlich sich mindern wird. Andererseits ist vielfach ein früherer Zeitpunkt maßgebend; so kann der Gläubiger, der Schadensersatz wegen Verzuges fordert, nach seiner Wahl den Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges oder den der Urteilsfällung zu Grunde legen; vgl. hierüber unten S. 148 [80]).

---

ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen."

Der Geschädigte kann natürlich auch warten, bis er den Gegenstand der Entschädigungsforderung genau bezeichnen kann. Er kann auch zunächst nur die Entschädigungspflicht als solche in einer Feststellungsklage zur Anerkennung bringen, vorausgesetzt, daß er an der alsbaldigen Feststellung, z.B. wegen drohender Verjährung, ein Interesse hat und wegen der noch nicht abgeschlossenen Schadenswirkung den Schaden noch nicht genau beziffern, also noch keine Leistungsklage anstellen kann. Andererseits ist das Gericht in Schadensprozessen, die nach Grund und Betrag streitig sind, befugt, über den Grund, d. h. die Schadensersatz*pflicht*, vorab zu entscheiden (Zwischenurteil, das hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurteil gilt, I, 282[17]) und über den Betrag erst nach Rechtskraft dieses Zwischenurteils zu verhandeln.

[80]) Besonderes gilt für handelsrechtliche *Fixgeschäfte*, d. h. für Kaufgeschäfte über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sofern bei diesen Geschäften bedungen ist, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll. Hierbei ist, sofern Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- und Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung zu Grunde zu legen (neues HGB. § 376, altes HGB. Art. 357). Im Konkurse bestimmt sich gemäß KO. § 18 Abs. 2 (bisher § 16 Abs. 2), sofern der „*Stichtag*", d. h. die Erfüllungszeit oder der Ablauf der Erfüllungsfrist *nach* der Konkurseröffnung eintritt, der Betrag der Entschädigungsforderung „durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergiebt."

Zu beachten ist, daß nach dem neuen HGB. § 376 ein Fixgeschäft auch dann vorliegt, wenn die Zahlung des Kaufpreises an einen genau bestimmten Zeitpunkt gebunden ist, während nach dem alten HGB. Art. 357 nur *das* Geschäft ein Fixgeschäft war, wobei die Lieferung der Ware zu festbestimmter Zeit erfolgen sollte. HGB. Art. 357 begann daher: „Ist bedungen, daß die *Ware* genau zu

Digitized by Google

4. Schätzungseid.

Nach römischem Recht [31]) hatte der Beschädigte einem arglistigen Schädiger gegenüber das Recht eidlicher Selbstschätzung seines Schadens. Eine besondere Art dieses jusjurandum in litem ist das von Zeno für den Fall des interdictum unde vi eingeführte jusjurandum Zenonianum (vgl. I, 243[12]). Einen ähnlichen „Schätzungseid" oder „Würderungseid" kannte auch das ALR. I, 6 §§ 94 ff. bei Vorsatz oder grobem Versehen des Schädigers.

Durch CPO. § 287 (alte CPO. § 260) sind die Vorschriften über den Schätzungseid aufgehoben. Das Gericht entscheidet wie über die Entstehung (S. 54[3]), so auch über den Umfang des Schadens „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung" [32]). Es kann in allen Fällen eidliche Schätzung des Schadens oder Interesses durch den Beweisführer anordnen, muß hierbei jedoch zugleich den Betrag bestimmen, den die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. Ein Recht, zur eidlichen Schätzung zugelassen zu werden, hat der Schadensersatz Beanspruchende dagegen in keinem Falle mehr [33]).

---

einer festbestimmten Zeit . . . geliefert werden soll . . .", während HGB. § 376 sagt: „Ist bedungen, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit bewirkt werden soll."

[31]) Vgl. l. 5 pr. §§ 1—3 D. 12, 3: „In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur. Sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur: licuit enim ei a primo nec deferre. Item et si juratum fuerit, licet judici vel absolvere vel minoris condemnare. Sed in bis omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat."

[32]) Nur in einigen Fällen ist der (Mindest-)Betrag der Schadensersatzerstattung gesetzlich festgestellt. So betragen nach BGB. § 288 die Verzugszinsen 4 %, ohne daß dem Schuldner der Nachweis zu gestatten ist, daß der Gläubiger sein Geld nur zu 3½ % hätte nutzbar machen können, und nach RGew.Ordn. § 124b muß bei Vertragsbruch der schuldige Teil dem unschuldigen für jeden Tag den Betrag des ortsüblichen Tagelohns zahlen.

[33]) Einige besondere Vorschriften über Art und Umfang der Schadensersatzpflicht enthält das BGB. in den §§ 255 („Wer für

Digitized by Google

§ 75. Rechnungslegung. Auskunftserteilung. Offenbarungseid.

a. Rechnungslegung.

Wer fremde Geschäfte führt, sei es auf Grund eines Rechtsgeschäfts (Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, BGB. §§ 666, 675, 681) oder kraft Gesetzes (Verwaltung des Eingebrachten durch den Mann § 1421, des Kindesvermögens durch Vater oder Mutter §§ 1681, 1686, des Mündelvermögens durch Vormund oder Pfleger §§ 1890, 1891, 1897, 1915, der Erbschaft durch den Vorerben § 2130 Abs. 2) hat dem Geschäftsherrn spätestens nach Beendigung der Geschäftsführung darüber Rechenschaft abzulegen (ebenso ALR. I, 14 § 135). Für den besonders wichtigen Fall, daß die Geschäftsführung in einer mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Vermögensverwaltung bestand, hat BGB. § 259 allgemeine Anordnungen getroffen. Danach genügt in einem solchen Falle nicht die einfache Rechenschaftsablegung, d. h. eine Darlegung, in welcher Weise das Geschäft abgewickelt worden ist, sondern es muß eine förmliche Rechnungslegung erfolgen, d. h. der Verwalter „hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen" (ähnlich ALR. I, 14 §§ 136 ff.). Der

---

den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen"); § 256 (der zum Ersatze von Aufwendungen Verpflichtete hat Zinsen zu zahlen, soweit nicht dem Ersatzberechtigten die Nutzungen des Gegenstands, auf den die Aufwendungen gemacht sind, verbleiben); § 257 („Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen"); § 258 (Wiederherstellung bei jus tollendi: „Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem Anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen").

Digitized by Google

zur Rechnungslegung Verpflichtete muß die Richtigkeit der Rechnungslegung auf Verlangen des Berechtigten durch einen Offenbarungseid dahin beschwören, „daß er nach bestem Wissen die Einnahmen [1]) so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei". Ähnliches bestimmte schon AGO. I, 22 §§ 28 ff.

b. Auskunftserteilung.

In zahlreichen Fällen [2]) hat jemand das Recht, von einem Anderen Auskunft über gewisse Rechtsverhältnisse zu

[1]) Die Richtigkeit der Ausgaben braucht nicht beschworen zu werden, denn es liegt im Interesse des Rechnungslegers, sie vollständig aufzuführen. Bezweifelt der Geschäftsherr, daß sie die angegebene Höhe erreichten, so kann er Belege fordern.

[2]) Eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung ist u. a. begründet nach BGB. §§ 402 (seitens des Cedenten an den Cessionar); 444 („Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten die nötige Auskunft zu erteilen"); 666, 681 (seitens des Beauftragten und des Geschäftsführers); 740 (an den ausgeschiedenen Gesellschafter über den Stand der noch schwebenden Geschäfte); 799 (seitens des Ausstellers eines verloren gegangenen Inhaberpapiers zwecks Erwirkung des Aufgebots); 1374 (seitens des Ehemanns über den Stand der Verwaltung des eingebrachten Gutes); 1799 (seitens des Vormunds an den Gegenvormund über die Führung der Vormundschaft); 1839 (seitens des Vormunds und Gegenvormunds an das Vormundschaftsgericht über die Führung der Vormundschaft und die persönlichen Verhältnisse des Mündels); 2011 (der Fiskus als gesetzlicher Erbe ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen); 2027 (der Besitzer der Erbschaft oder einzelner Erbschaftssachen ist verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen); 2028 (vgl. Anm. 4); 2057 (jeder Miterbe hat den übrigen Erben Auskunft über die von ihm zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen zu erteilen); 2362 („Derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist, hat dem wirklichen Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen").

Auf Auskunftserteilung oder Rechnungslegung muß der Berechtigte erforderlichen Falls im ordentlichen Prozeßwege klagen; das Urteil ist nach den Vorschriften über die Erzwingung nicht fungibler Handlungen zu vollstrecken (neue CPO. § 888, alte CPO. § 774; I, 349[2] und unten S. 156).

Digitized by Google

verlangen. Das BGB. ordnet in § 260 den besonders wichtigen Fall, daß jemand einen Inbegriff von Gegenständen (vgl. III, 248) herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen hat. In solchen Fällen[3]) hat er dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen und auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

c. Offenbarungseid (Manifestationseid).

Der nach BGB. §§ 259, 260 und anderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts[4]) zu leistende, sog. materiellrechtliche Offenbarungseid ist nicht zu verwechseln mit den im Zwangsverfahren zu leistenden prozeßrechtlichen Offenbarungseiden[5]); vgl. EGCPO. § 16[3]. Voraussetzungen und Wirkungen beider Arten von Offenbarungseiden sind ganz verschieden.

---

[3]) Vgl. aus dem BGB. §§ 1421 (Herausgabe des eingebrachten Gutes der Frau seitens des Ehemanns); 1681 (Herausgabe des Kindesvermögens seitens des Vaters); 1890 (Herausgabe des Mündelvermögens seitens des Vormunds); 2018, 2130 (Herausgabe des Nachlasses von dem Erbschaftsbesitzer sowie dem Vorerben an den wahren Erben und den Nacherben).

[4]) Vgl. aus dem BGB. z.B. noch die §§ 2006 („Der Erbe hat auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers vor dem Nachlaßgerichte den Offenbarungseid dahin zu leisten: daß er nach bestem Wissen die Nachlaßgegenstände so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei." Bei Weigerung der Eidesleistung haftet der Erbe dem Gläubiger unbeschränkt); § 2028 („Wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, ist verpflichtet, dem Erben auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, welche erbschaftliche Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist. Besteht Grund zu der Annahme, daß die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen des Erben den Offenbarungseid dahin zu leisten: daß er seine Angaben nach bestem Wissen so vollständig gemacht habe, als er dazu im Stande sei").

[5]) «. Nach CPO. § 807 (alte CPO. § 711) muß der Schuldner einer vollstreckbaren Geldforderung nach fruchtloser Pfändung auf Antrag des Gläubigers ein Verzeichnis seines Vermögens vorlegen,

Digitized by Google

1. Soweit nach bürgerlichem Recht eine Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides besteht, muß (abgesehen vom Falle des BGB. § 2006, vgl. Anm. 4), falls der Verpflichtete die Leistung verweigert, hierauf besonders Klage erhoben

---

in Betreff seiner Forderungen Grund und Beweismittel bezeichnen und den Offenbarungseid dahin leisten: „Ich schwöre, daß ich nach bestem Wissen mein Vermögen so vollständig angegeben habe, als ich dazu im Stande bin" (nach der alten CPO. § 711: „daß ich mein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe").

β. Nach CPO. § 883 (alte CPO. § 769) muß der Schuldner, der zur Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache oder einer Quantität von bestimmten beweglichen Sachen verurteilt ist, falls die herauszugebende Sache vom Gerichtsvollzieher bei ihm nicht vorgefunden wird, auf Verlangen des Gläubigers den Offenbarungseid dahin leisten: „Ich schwöre, daß ich die Sache nicht besitze, auch nicht weiß, wo die Sache sich befindet."

γ. Nach KO. § 125 (alte KO. § 115) muß der Gemeinschuldner nach Anfertigung des Inventars auf Verlangen des Konkursverwalters oder eines Gläubigers den Offenbarungseid vor dem Konkursgericht in der in CPO. § 807 (früher § 711) bestimmten Form (α.) leisten, jedoch wegen KO. § 1 (vgl. I, 355[8]) mit der Änderung, daß statt „mein Vermögen" zu setzen ist „mein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen".

Das Verfahren zur Herbeiführung aller prozeßrechtlichen Offenbarungseide ist durch CPO. §§ 899 ff. (alte CPO. §§ 780 ff.) geordnet. Es beginnt mit der Ladung des Schuldners vor das Amtsgericht seines Wohnsitzes, in Ermangelung eines solchen seines Aufenthaltsorts. Erscheint der Schuldner im Termine nicht oder verweigert er grundlos die Ableistung des Offenbarungseides, so erläßt das Amtsgericht auf Antrag des Gläubigers einen Haftbefehl, auf Grund dessen der Gläubiger den Schuldner durch einen Gerichtsvollzieher verhaften und in das Amtsgerichtsgefängnis bringen lassen kann, wo er so lange bleibt, bis er sich zur Eidesleistung bereit erklärt, aber (wie in allen Fällen der Zwangshaft in der CPO.) nicht über sechs Monate. Der Gläubiger muß vor der Verhaftung und fernerhin die Haftkosten für je einen Monat vorauszahlen.

Anders ist das Verfahren, wenn der Schuldner nicht die Eidesleistung grundlos verweigert, sondern seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bestreitet, z.B. weil er in den letzten 5 Jahren den Offenbarungseid geleistet hat oder wegen verweigerter Leistung sechs Monate in Haft gewesen ist, in welchen Fällen er nur bei Glaubhaftmachung späteren Vermögenserwerbs zur Eidesleistung verpflichtet ist. Hierbei muß über den Widerspruch nach kontradiktorischer Verhandlung durch einen mit sofortiger Beschwerde

Digitized by Google

werden, während (Anm. 5) bei Verweigerung des prozessualen Offenbarungseides der Gläubiger sogleich Haftantrag stellen kann. Kommt der Verpflichtete dem ihn zur Eidesleistung verurteilenden Erkenntnisse nicht nach, so vollzieht sich die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Erzwingung nicht fungibler Handlungen (I, 349[2]), d. h. der Verpflichtete wird zur Eidesleistung vom Prozeßgerichte I. Instanz durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft bis zum Höchstmaße von 6 Monaten (CPO. § 913, bisher § 794) angehalten[6]).

2. In allen Fällen mit Ausnahme des § 2006 (oben Anm. 4) besteht jedoch die Pflicht zur Ableistung des Offenbarungseides nur, sofern Grund zu der Annahme

---

angreifbaren Beschluß entschieden werden und die Eidesleistung erfolgt erst nach Rechtskraft des Beschlusses.

Durch § 915 der neuen CPO. wird (wie für Preußen schon durch § 16 der Geschäftsanweisung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte vom 14. 12. 1896) die Führung eines Registers aller Personen, die in den letzten 5 Jahren den Offenbarungseid geleistet haben oder gegen die wegen Eidesverweigerung sechs Monate Haft vollstreckt sind, angeordnet. Das Register ist öffentlich, damit jeder Gläubiger feststellen kann, ob der Schuldner zur Eidesleistung gezwungen werden kann. Steht er in dem Register, so wird der Gläubiger den Schuldner nur laden, wenn er neuen Vermögenserwerb glaubhaft machen kann, denn nur dann muß der Schuldner von neuem „manifestieren."

Ein nach Voraussetzungen und Wirkungen besonders gestalteter Offenbarungseid ist der I, 307[14] besprochene Urkundeneditionseid (CPO. § 426, bisher § 391).

[6]) Hierüber bestimmt jetzt die neue CPO. § 889: „Ist der Schuldner auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Leistung eines Offenbarungseides verurteilt, so erfolgt die Eidesleistung vor dem Prozeßgericht erster Instanz. Auf die Abnahme des Eides finden die Vorschriften der §§ 478—484 Anwendung. Erscheint der Schuldner in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht oder verweigert er die Eidesleistung, so ist nach § 888 zu verfahren." Vgl. auch noch die neue Vorschrift CPO. § 254: „Wird mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Leistung des Offenbarungseides die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, welche der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die Rechnung mitgeteilt, das Vermögensverzeichnis vorgelegt oder der Offenbarungseid geleistet ist."

Digitized by Google

vorhanden ist, daß die gemachten Angaben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, und wenn es sich nicht um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt. Die Eidesleistung erfolgt, sofern sie nicht vor dem Prozeßgerichte geschieht, also falls der Verpflichtete hierzu ohne Prozeß bereit ist, nach seiner Wahl vor dem Amtsgerichte des Erfüllungsorts oder seines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthaltsorts (BGB. § 261), und zwar kann nach §§ 79, 163 des RG. vom 17. Mai 1898 über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Bestimmung des Termins zur Eidesleistung sowohl vom Gläubiger als vom Schuldner beantragt werden, während das Verfahren zur Herbeiführung eines prozessualen Offenbarungseides nur vom Gläubiger beantragt werden kann.

3. Die Kosten der Abnahme eines materiellen Offenbarungseides endlich trägt der Gläubiger (BGB. § 261 Abs. 3), während die Kosten des prozessualen Offenbarungseides als Teil der Zwangsvollstreckungskosten vom Schuldner zu tragen sind.

§ 76. Leistung durch einen Dritten.

Bei manchen Schuldverhältnissen, insbesondere denjenigen, die auf eine Dienst- oder Werkleistung (Auftrag, Verwahrung, Gesindedienst, Portraitmalen, Buchschreiben, Hausbauen, vgl. BGB. §§ 613, 664, 691, 2218) oder ein Zusammenwirken (Gesellschaftsverhältnis, BGB. § 713) gehen, wird nach der Verkehrsauffassung die Leistung gerade durch den Schuldner für den Gläubiger wesentlich sein [1]). Auch in sonstigen Fällen kann die persönliche Leistung durch den Schuldner rechtsgeschäftlich bestimmt sein. Im Allgemeinen aber, vor allem bei Geldleistungen, wird es

[1]) Vgl. l. 31 D. 46, 3: „Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideijussor (Bürge) ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum.

Digitized by Google

dem Gläubiger mehr darauf ankommen, daß er die Leistung erhält, als durch wen er sie erhält. Daher stellte schon das römische Recht, trotz seiner Auffassung der obligatio als eines juris vinculum (S. 4[5]), die Regel auf, daß die Erfüllung durch einen Dritten den Schuldner befreit, selbst wenn er hiervon keine Kenntnis hat, ja selbst wenn er widerspricht (l. 38 D. 3, 5: solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum). Ebenso bestimmt BGB. § 267: „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht“ [2]). Widerspricht der

[2]) Dasselbe bestimmte ALR. I, 16 §§ 49, 51. Die Vorschrift des BGB. § 267 bezieht sich aber nur auf das Verhältnis des Schuldners und des Dritten zum Gläubiger, nicht auf das Innenverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Insbesondere geht die bezahlte Forderung nicht, wie nach ALR. I, 16 § 46, kraft einer cessio legis auf den zahlenden Dritten über. Vielmehr hat dieser seine Rechte gegen den ehemaligen Schuldner, sofern die Zahlung nicht schenkungsweise (§ 516) erfolgt ist, nach den Grundsätzen des Auftrags (§ 670) oder der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683) zu begründen. Die für die getilgte Forderung haftenden Pfänder und Bürgen werden also frei, während sie nach ALR. I, 16 §§ 48, 50 zwar nicht wie die Forderung als solche kraft cessio legis auf den Zahlenden übergingen, aber auf dessen Verlangen ihm vom Gläubiger zu übertragen waren (unten S. 327[2]).

Zu bemerken ist ferner, daß BGB. § 267 sich nur auf den Fall bezieht, daß ein Dritter die geschuldete Leistung in der Absicht anbietet, das Schuldverhältnis dadurch zur Lösung zu bringen. Es kann also weder jeder Dritte durch Anbieten der Leistung die Abtretung der Forderung erzwingen, noch bezieht sich § 267 auf den Fall, daß jemand zur Tilgung einer eigenen Verpflichtung leistet. In letzterem Falle hat der Dritte auch gegen den Widerspruch des Schuldners ein Recht auf Tilgung. Es findet hierbei ebenso wie im Falle des § 268 (S. 81) cessio legis statt und die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen; vgl. BGB. §§ 774 (Befriedigung durch den Bürgen), 1142, 1143 (Zahlung der Hypothek durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer des Pfandgrundstücks), 1223—1225 (Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder bei beweglichem Pfande). Leistet der Dritte in der irrigen Meinung, hierzu verpflichtet zu sein, so hat er ein Rückforderungsrecht (condictio indebiti), die Forderung lebt dann also wieder auf (BGB. §§ 812, 814).

Digitized by Google

Schuldner also nicht, so darf der Gläubiger die Annahme der von einem Dritten angebotenen Leistung nicht verweigern, sonst kommt er dem Schuldner gegenüber ebenso in Annahmeverzug, als wenn er die vom Schuldner persönlich angebotene Leistung anzunehmen sich weigert (S. 150). Dem Dritten gegenüber hat dagegen die Weigerung der Annahme keine Rechtswirkung.

Weitergehend sind jedoch die Rechte eines Dritten, der die Leistung nicht bloß in der Absicht, den Schuldner zu befreien, sondern im eigenen Interesse bewirkt. So ist insbesondere nach dem (vom Bundesrat eingefügten) § 268 BGB. jeder, der durch eine vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein (dingliches) Recht an dem Gegenstand oder den Besitz zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger mit der Wirkung zu befriedigen, daß die Forderung kraft cessio legis auf ihn übergeht. Die Befriedigung kann hier auch gegen den Willen von Gläubiger und Schuldner und auch durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen. Diese Vorschrift ist eine Verallgemeinerung des im Pfandrechte (zu BGB. § 1150) zu besprechenden jus offerendi et succedendi des nachstehenden Pfandgläubigers und findet in verschiedenen Fällen (vgl. Anm. 2) Anwendung.[3])

---

[3]) Eine besondere Bedeutung hat die Erfüllung durch einen Dritten im Wechselrecht, in der Lehre von der Intervention. Der Eintritt eines Dritten in den Wechselverband erfolgt in zwei Formen: als Ehrenannahme und als Ehrenzahlung. Der Zweck ist in beiden Fällen, ein „Notleiden" des Wechsels und die damit verbundenen Nachteile zu Gunsten eines im Wechselverbande stehenden Dritten abzuwenden.

α. Nach WO. Art. 25 sind der Aussteller und die Indossanten eines wegen nicht zu erlangenden Akzeptes protestierten Wechsels den Nachmännern zur Sicherstellung dafür verpflichtet, daß der Wechsel am Verfalltage bezahlt wird. Dieser „Regreß auf Sicherstellung" läßt sich dadurch vermeiden, daß der Aussteller oder ein Indossant eine auf den Zahlungsort lautende „Notadresse" („im Falle der Not bei . . . .") angiebt (auch sich selbst). Dann muß nach WO. Art. 56 der Inhaber, bevor er Regreß auf Sicherstellung nimmt, den Wechsel der Notadresse vorlegen. Erlangt er hier das Akzept, so haben der Wechselinhaber und die Nachmänner des

Digitized by Google

II. Ort und Zeit der Leistung.

§ 77. Örtliche Beziehungen der Schuldverhältnisse.

Für den Inhalt des Schuldverhältnisses sind gewisse örtliche Beziehungen von Bedeutung. Es kommen in Betracht: der Begründungsort, der Leistungs- oder Erfüllungsort, der Ablieferungsort, der Klageort.

a. Begründungsort.

1. Als Begründungsort des Schuldverhältnisses gilt der Ort, an dem der zur Entstehung des Schuldverhältnisses erforderliche Thatbestand sich verwirklicht, bei einseitigen Rechtsgeschäften, bei Verträgen unter Anwesenden und Delikten also der Ort der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der unerlaubten Handlung, bei Verträgen unter Abwesenden der Ort, an den die Annahmeerklärung zu richten ist.[1])

Honoraten, d. h. desjenigen, zu dessen Gunsten die Ehrenannahme erfolgt ist, keinen Regreß auf Sicherstellung.

β. Wird ferner ein Wechsel vom Bezogenen am Verfalltage nicht eingelöst, so ist jeder Vormann dem Regreß auf Zahlung seitens des Inhabers ausgesetzt (WO. Art. 41 ff.). Die Notadresse dient nun weiter dazu, die hiermit verbundenen Kosten (WO. Art. 50) und Unbequemlichkeiten zu vermeiden. Befinden sich auf einem vom Bezogenen nicht eingelösten, also „notleidenden" Wechsel Notadressen oder ein Ehrenakzept, die auf den Zahlungsort lauten, so muß der Inhaber den Wechsel spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage den sämtlichen Notadressen oder einem etwa vorhandenen Ehrenakzeptanten zur Zahlung vorlegen. So erhält der Regreßpflichtige oder sein Beauftragter Kenntnis von dem Notleiden des Wechsels und die Möglichkeit, diesen einzulösen.

Die Ehrenintervention durch Zahlung kann aber auch durch einen nicht in einer Notadresse Benannten geschehen. Weist der Inhaber die von einem solchen extraneus angebotenen Ehrenzahlung zurück, so verliert er die Regreßrechte gegen die Nachmänner dessen, zu dessen Gunsten die Intervention beabsichtigt war (WO. Art 62). Dagegen braucht die Ehrenannahme von seiten einer nicht auf dem Wechsel als Notadresse benannten Person vom Inhaber nicht zugelassen zu werden, d. h. er kann trotz eines solchen Erbietens Regreß auf Sicherstellung mangels Annahme nehmen (WO. Art. 57).

[1]) Aus (altem) HGB. Art. 321 (III, 464[b]) entnehmen Manche, daß ein nach Handelsrecht zu beurteilender Vertrag unter Abwesenden

Digitized by Google

2. Die rechtliche Bedeutung des Begründungsorts ist nur gering. Zuweilen ist er für die Auslegung wichtig; so wird ein an einer Börse oder auf einer Messe abgeschlossenes Geschäft als den an diesem Platz üblichen Geschäftsbedingungen unterstellt gelten müssen. Ferner muß nach WO. Art. 4[6], 96[6] der Wechsel den Ort der Ausstellung angeben und dieser ist gemäß WO. Art. 34 auch dafür maßgebend, ob die Fälligkeit eines „nach Dato" ausgestellten Wechsels nach altem oder neuem Stil (III, 556) zu berechnen ist. Ehemals hatte der Ort des Vertrages auch noch insofern Bedeutung, als die älteren gemeinrechtlichen Theorieen und das preußische Recht (auf Grund von l. 19 § 2 D. 5, 1 und AGO. I, 2 § 149) einen besonderen Gerichtsstand des Vertragsortes (forum contractus) anerkannten. Nach der CPO. § 29 ist jedoch nicht der Abschluß-, sondern der Erfüllungsort als der einen Sondergerichtsstand begründende Umstand anerkannt; an die Stelle des forum contractus ist also ein forum solutionis getreten (unten S. 92).[2]) Dagegen begründet für unerlaubte Handlungen auch noch nach CPO. § 32 der Ort der Begehung der Handlungen eine Zuständigkeit (forum delicti commissi, I, 185).

b. Erfüllungsort.

1. Begriff und maßgebende Umstände.

Erfüllungsort oder (wie man neuerdings im Anschluß an BGB. § 269 sagt) Leistungsort ist diejenige

als an dem Orte der Absendung der Annahmeerklärung begründet anzusehen ist. Da die Vorschriften über den Vertragsschluß jetzt in das BGB. übergegangen sind und hier die in HGB. Art. 321 vorgeschriebene Rückbeziehung auf den Augenblick der Absendung der Annahmeerklärung fortgefallen ist, ist für das neue Recht jedenfalls der Ort des Eingangs der Annahmeerklärung entscheidend.

[2]) Nur für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen, I, 301[8]) ist das Gericht des Meß- oder Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Ort oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält (CPO. § 30).

Digitized by Google

Stelle[3]), an der der Schuldner seine Leistung bewirken muß und darf, um das Schuldverhältnis zur Lösung zu bringen.

Für die Bestimmung des Erfüllungsorts sind nach allen Rechten (BGB. § 269, ALR. I, 5 § 247, I, 16 § 27, altes HGB. Art. 324) nach einander die folgenden Umstände von Bedeutung, dergestalt, daß der spätere Umstand nur beim Mangel eines vorhergehenden maßgebend wird:

a. Rechtsgeschäftliche Bestimmung. Die Beteiligten sind grundsätzlich[4]) in der Lage, den Erfüllungsort bis zur Erfüllung durch ausdrückliche oder stillschweigende (aus konkludenten Handlungen zu folgernde, III, 411) Erklärung festzustellen.[5]) Bei Verträgen ist natürlich Über-

---

[3]) Man denkt bei der Lehre vom Erfüllungsort zunächst nur an die Ortschaft. Vielfach (z.B. bei der Wechselpräsentation, WO. Art. 91, der Zahlung der Miete an den nicht im Mietshause, aber am gleichen Orte wohnenden Vermieter, der Übersendung frei Bahnhof oder frei Haus, der Bewirkung einer Zustellung) kommt aber auch in Frage, an welcher Stelle einer Ortschaft die Leistung zu bewirken ist. Die im Texte dargelegten Grundsätze beziehen sich grundsätzlich auf die Bestimmung auch der Erfüllungsstelle. Zuweilen kommt es allerdings nur auf die Ortschaft an (so für den Gerichtsstand, den Begriff des Domizilwechsels (Anm. 5) und der Distanzsendung, S. 88).

[4]) Nur ausnahmsweise ist durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift oder die Natur eines Schuldverhältnisses die Bestimmung des Erfüllungsorts der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Parteien entzogen. So kann die Grundstücksauflassung nur vor dem Grundbuchamt erklärt werden, in dessen Bezirke das Grundstück liegt (BGB. § 925).

[5]) Eine besonders wichtige Anwendung der rechtsgeschäftlichen Bestimmung des Erfüllungsorts ist die Beifügung des Domizilvermerks durch den Aussteller eines Wechsels. Ein „Domizilwechsel" liegt vor, wenn in dem Wechsel ein von dem (im Wechsel angegebenen) Wohnorte des Bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben ist (WO. Art. 24). Hierbei unterscheidet man noch Domizilwechsel mit benanntem Domiziliaten („Herrn Hermann Wöllner in Nauen, zahlbar in Berlin bei der Deutschen Bank") und Domizilwechsel ohne benannten Domiziliaten („Herrn Hermann Wöllner in Nauen, zahlbar in Berlin). Kein

Digitized by Google

einstimmung der Beteiligten erforderlich. Es genügt also zB. nicht die einseitige Erklärung des Verkäufers auf der „Faktura" (Rechnung): „Erfüllungsort Berlin".

β. Mangels rechtsgeschäftlicher Bestimmung ist der Leistungsort aus den Umständen, insbesondere aus

---

Domizilwechsel entsteht durch die Beifügung einer bloßen Zahlungsstelle („Herrn Franz Schulze in Berlin, zahlbar bei der Deutschen Bank in Berlin"). Für den Begriff des Domizilwechsels ist ferner nur maßgebend, daß der im Wechsel angegebene (wenn auch nicht wirkliche) Wohnort des Bezogenen (beim eigenen Wechsel des Ausstellers) ein anderer ist, als der beigefügte Zahlungsort. In dem ersten Beispiel ist also ein Domizilwechsel auch dann vorhanden, wenn Wöllner thatsächlich in Berlin, und nicht, wie im Wechsel angegeben, in Nauen wohnt.

Die praktische Bedeutung der Domizilierung liegt in der leichteren Begebbarkeit, d. h. Umlaufsfähigkeit, eines an einem größeren Handelsplatze zahlbaren Wechsels. Wenn A. in Berlin an B. in Schrimm „gegen Sechsmonatsakzept" (d. h. auf Kredit, aber gegen Einsendung eines 6 Monate nach Lieferung fälligen, von A. auszustellenden und von B. zu akzeptierenden Wechsels) verkauft, so würde A. den an B. in Schrimm lautenden und demnach (WO. Art. 4[8]) dort zahlbaren Wechsel nur schwer vor Fälligkeit verkaufen („diskontieren") können. Denn der Inhaber hätte bei Fälligkeit die Unbequemlichkeit, den Wechsel in Schrimm präsentieren zu müssen. Daher wird A. den Wechsel in Berlin bei sich oder einem Bankier zahlbar machen („domizilieren").

Die rechtliche Besonderheit des Domizilvermerks zeigt sich in der Vorschrift der WO. Art. 24, wonach der Aussteller eines Domizilwechsels in demselben die Präsentation zur Annahme vorschreiben kann (damit der Bezogene von dem Wechselzug und der Domizilierung Kenntnis erhält und einen Domiziliaten benennen kann). Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift hat den Verlust des Regresses gegen Aussteller und Indossanten zur Folge, während bei sonstigen Wechseln die Präsentation zur Annahme und die Annahme selbst für die Regreßverpflichtung des Ausstellers und der Indossanten gleichgültig ist. Der Domizilwechsel mit benanntem Domiziliaten hat die fernere Besonderheit, daß hierbei der Protest mangels Zahlung zur Erhaltung des Regreßrechts auch gegen den Akzeptanten erforderlich ist (WO. Art. 43, 99), während es sonst der Protesterhebung nur zur Erhaltung des Regreßrechts gegen Aussteller und Indossanten bedarf (Art. 44). Bei Domizilwechseln mit benanntem Domiziliaten tritt der Bezogene (und bei eigenen Wechseln der Aussteller) also gewissermaßen in die Reihe der Wechselregreßschuldner.

Digitized by Google

der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen. Wenn A. zB. einen Ladenverkäufer annimmt, dann muß dieser seine Dienste in A.'s Geschäftslokal leisten. Für die Übergabe einer unbeweglichen Sache ist der locus rei sitae, für die einer beweglichen Sache der Ort, wo sie sich mit Wissen der Beteiligten befindet,[6]) der natürliche Erfüllungsort.

γ. In Ermangelung einer rechtsgeschäftlichen oder aus der Natur der Sache sich ergebenden Bestimmung treten ergänzend (suppletorisch) die gesetzlichen Vorschriften ein.

a. Das Gemeine Recht[7]) wird von den beiden Grundsätzen beherrscht: Vor Anstellung der Klage kann der

---

[6]) Zuweilen hält der Gesetzgeber es für angemessen, die richterliche Beurteilung durch Aufstellung gewisser Grundsätze für bestimmte Schuldverhältnisse zu leiten. So bestimmt zB. altes HGB. Art. 324 ausdrücklich: „Wenn eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem anderen Orte befand, so geschieht die Übergabe an diesem Orte." Das BGB., das im Wesentlichen die den Erfüllungsort betreffenden Art. 324, 325 HGB. übernommen hat, enthält diese Sondervorschrift nicht, weil ihre Anwendung sich regelmäßig aus der Natur des Schuldverhältnisses von selbst ergeben wird.

Dagegen enthält das BGB. einzelne Sondervorschriften für bestimmte Schuldverhältnisse; vgl. §§ 697 („Die Rückgabe der hinterlegten Sache hat an dem Orte zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war; der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen", ebenso schon l. 12 § 1 D. 16, 3); 811 (die Vorlegung einer Sache hat an dem Orte zu erfolgen, wo sich die vorzulegende Sache befindet, jeder Teil kann die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt); 1194 (die Zahlung der Grundschuld und ihrer Nebenleistungen hat am Sitze des Grundbuchamts zu erfolgen).

[7]) Das ALR. unterscheidet:

a. Vertragsschulden und zwar:

1. Für lästige Verträge auf ein Geben, wozu auch das Zahlen einer Geldschuld gehört, ist der Wohnort (und die Wohnung S. 84[3]) des Berechtigten zur Zeit des Vertragsschlusses Leistungsort (I, 5 § 248). Solche Schulden sind also Bringschulden, während sie nach (altem) HGB. und BGB. Holschulden sind und nur für die Geldzahlung eine den Leistungsort nicht ändernde Übersendungspflicht des Schuldners besteht. Daher kann nach ALR. in Verbindung mit CPO. § 29 eine Klage auf Geldzahlung vom Gläubiger auch an seinem Wohnort erhoben werden, während sie nach HGB. und BGB. am Wohnorte des Schuldners angestellt werden muß.

Digitized by Google

Schuldner an jedem angemessenen Ort erfüllen (quoquo loco non inopportuno, vgl. l. 39 D. 46, 3); läßt es der Schuldner aber zur Klage kommen, so kann der Gläubiger die Erfüllung an dem Orte fordern, wo er den Schuldner rechtsgültig verklagt. Kann er also den Schuldner in verschiedenen Gerichtsständen verklagen (S. 91), so ist er in der Lage, durch Erhebung der Klage an einem derselben den Erfüllungsort einseitig festzustellen; vgl. l. 2 § 3 D. 13, 4: „petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem."

b. Nach § 269 BGB., der dem Art. 324 des (alten) HGB. nachgebildet ist, hat eine Leistung, für die ein anderer Ort „weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen" ist, an dem Orte zu erfolgen, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung (nicht der Erfüllung) des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (bei im Gewerbebetriebe des Schuldners entstandenen Verbindlichkeiten seine gewerbliche Niederlassung) hatte. Sind bei einem Schuldverhältnisse mehrere Personen beteiligt, so ist für die Verpflichtung eines jeden von ihnen der Erfüllungsort besonders festzustellen. Beim Distanzkauf zB. ist für die Zahlung des Käufers sein Wohnsitz oder der Ort seiner gewerblichen Niederlassung (gesetzlicher) Erfüllungsort, nicht der des Verkäufers, sofern nicht Zug um Zug-Leistung in Frage kommt. Kommen mehrere Leistungsorte in Betracht, so treten die Grundsätze über Wahlschulden ein (S. 23); es hat also regelmäßig der Verpflichtete die Wahl.

2. Rechtliche Bedeutung.

Die Bedeutung des Erfüllungsorts besteht vor allem darin, daß der Schuldner nur hier zu leisten, der Gläubiger

---

Für lästige Verträge auf eine Handlung ist der Wohnort des Verpflichteten zur Zeit des Vertragsschlusses Leistungsort (I, 5 § 250).

2. Für unentgeltliche Verträge ist der jeweilige Aufenthaltsort des Verpflichteten Leistungsort (I, 5 § 249).

b. Für außerkontraktliche Leistungen ist der Aufenthaltsort (I, 16 § 27), für Zahlungen jedoch der Wohnort des Schuldners (I, 16 § 52) zur Zeit der Mahnung Leistungsort.

Digitized by Google

nur hier abzunehmen braucht. Ferner ist im Zweifel anzunehmen, daß für die Bestimmung des Leistungsinhalts die am Leistungsorte geltenden Grundsätze maßgebend sein sollen.[8]) Dies gilt nach der heute herrschenden Ansicht auch für den Fall einer Statutenkollision (III, 67). Weiter kann nach BGB. § 391 Abs. 2 eine Leistung, die zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort erfolgen soll, im Zweifel gegen eine Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, nicht aufgerechnet werden (unten S. 279[12]). Endlich begründet der Leistungsort für vertragsmäßige Verbindlichkeiten einen besonderen Gerichtsstand (CPO. § 29 und unten S. 92).

c. Ablieferungsort.

Bei den auf Leistung beweglicher Sachen gehenden Schuldverhältnissen hat vielfach eine Übersendung stattzufinden (sog. Distanzsendungen). Dann heißt der Ort, wohin die Sache zu liefern ist, „Ablieferungsort".[9])

„Erfüllungsort" und „Ablieferungsort" fallen mitunter zusammen. Dann hat die Thatsache, daß der Leistung eine Übersendung vorausgeht, nur insofern rechtliche Bedeutung, als bei allen nach Handelsrecht zu beurteilenden Übersendungskäufen dem Käufer eine sofortige Untersuchungs- und Rügepflicht obliegt (altes HGB. Art. 347—350, neues HGB.

[8]) So bestimmt BGB. § 453: „Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart"; und HGB. § 361 (altes HGB. Art. 336): „Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten"; vgl. noch BGB. §§ 244, 245 und hierüber III, 318.

[9]) Ungenau auch Bestimmungsort genannt. Dieser und der Ablieferungsort können aber wieder verschieden sein. Wenn z.B. ein in Kiautschou stehender Offizier beim Warenhaus für Armee und Marine in Berlin eine Ausrüstung kauft und das Warenhaus anweist, sie durch den Norddeutschen-Lloyd-Dampfer „Prinz Heinrich" zur Versendung zu bringen, so ist Berlin „Erfüllungsort", Bremen „Ablieferungsort", Kiautschou „Bestimmungsort."

Vom Gläubiger aus gesehen ist der Ablieferungsort „Abnahmeort".

Digitized by Google

§§ 377—379, vgl. unten bei der Lehre vom Kauf). Kosten und Gefahr der Übersendung fallen bei diesen sog. Bringschulden natürlich dem Schuldner zur Last, denn er muß die Leistung am Ablieferungsort erfüllen.

Vielfach jedoch fallen Erfüllungs- und Ablieferungsort auseinander (sog. Distanzgeschäfte). Der Schuldner hat an dem Orte X. zu erfüllen, hier hat sich der Gläubiger die Leistung eigentlich abzuholen, die Schuld ist eine „Holschuld". Die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung geht also schon mit der Leistung an diesem Ort auf den Schuldner über. Durch Rechtsgeschäft oder Gesetz ist dem Gläubiger jedoch die Pflicht auferlegt, dafür zu sorgen, daß der Schuldner am Orte Y. in den Besitz der Sache gelangt.

Häufig wird es zweifelhaft sein, ob die Erfüllung am Ablieferungsorte zu erfolgen hat, oder ob ein wahres Distanzgeschäft vorliegt, also Erfüllungs- und Ablieferungsort auseinander fallen. Entscheidend ist, ob die Gefahr erst mit der Ablieferung oder schon am Absendungsort übergehen sollte; in ersterem Falle wird es sich regelmäßig um bloße Distanzsendung, im letzteren Fall um ein Distanzgeschäft handeln. Nicht entscheidend ist dagegen, wer die Versendungskosten[10]) trägt (vgl. altes HGB. Art. 345 Abs. 2 Satz 2 und BGB. § 269 Abs. 3). Sehr häufig sendet der Verkäufer zB. die gekauften Waren „franko" an den Käufer, ohne daß damit der Wohnort des Käufers als Erfüllungsort bestimmt werden soll.

Die Ablieferungspflicht ist besonders geregelt für Geldzahlungen. Nach dem im Wesentlichen[11]) dem (alten) HGB.

---

[10]) Daher wird durch die Verpflichtung des Schuldners, „franko" Berlin zu liefern, Berlin nicht Erfüllungsort; ebensowenig durch die im Seehandel gebräuchliche Klausel „cif", d. h. **cost, insurance** (Versicherung, spr. inschurens), **freight** (Fracht, spr. freht), zuweilen **cost included** (einschließlich) **freight**, die den Verkäufer nur zur Tragung der Kosten der Verladung, Versicherung und Fracht verpflichtet, ohne den Erfüllungsort zu bestimmen.

[11]) HGB. Art. 325 unterscheidet sich vom § 270 BGB. nur dadurch, daß dort die Handelsniederlassung, nötigenfalls der Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Entstehung, nach BGB. zur Zeit der

Digitized by Google

Art. 325 entnommenen § 270 BGB. hat der Schuldner Geld im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz (bei im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstandenen Forderungen an dessen gewerbliche Niederlassung) zu übermitteln.[12]) Maßgebend ist also der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Gläubigers zur Zeit der Erfüllung, nicht (wie nach HGB. Art. 325 und nach ALR.) der Begründung. Damit der Schuldner jedoch durch eine nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Änderung des Wohnsitzes oder der Gewerbeniederlassung des Gläubigers nicht geschädigt werde, bestimmt BGB. § 270 Abs. 3, daß, falls hierdurch Kosten oder Gefahr der Übermittelung sich erhöhen, der Gläubiger die Mehrkosten sowie die (ganze) Gefahr der Übersendung zu tragen habe.[13])

d. Klageort.

1. Nach älterem römischem Rechte war zwischen den Schuldverhältnissen mit bestimmtem Erfüllungsort und ohne solchen zu unterscheiden. Forderungen, vor allem Stipulationsforderungen, mit bestimmtem Erfüllungsorte konnten nur an diesem durch Klage geltend gemacht werden. Der ausdrücklich bestimmte Erfüllungsort begründete also einen ausschließlichen Gerichtsstand (I, 170). Denn wenn der in Rom wohnende A. dem B. 1000 Scheffel Getreide

---

Erfüllung zu Grunde zu legen ist. Keinen Unterschied begründet es, daß das BGB. die indossabelen oder auf den Inhaber lautenden Papiere nicht erwähnt, während HGB. Art. 325 die Übersendungspflicht hinsichtlich der auf solche Papiere zu leistenden Zahlungen ausdrücklich ausschließt. Denn trotz des Schweigens des BGB. ergiebt sich aus der Natur derartiger Schuldverhältnisse, daß der erst durch die Vorzeigung des Papiers zu ermittelnde Inhaber des Order- oder Inhaberpapiers die Zahlung beim Schuldner holen muß.

[12]) Nach EGBGB. Art. 92 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften (zB. ALR. I, 16 § 53) unberührt, nach welchen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind.

[13]) Durch die hierdurch begründete Übersendungspflicht wird, wie in HGB. Art. 325 Abs. 2 und BGB. § 270 Abs. 4 auch noch ausdrücklich hervorgehoben ist, der Leistungsort nicht geändert, insbesondere also kein Gerichtsstand am Wohnsitz oder am Orte der Gewerbeniederlassung des Gläubigers begründet (S. 87).

Digitized by Google

in Ephesus zu leisten versprochen hatte, so war der judex, wenn B. gegen A. in Rom, A.'s allgemeinem Gerichtsstande (I, 183), Klage erhob, außer Stande, die richtige condemnatio pecuniaria zu finden. Der römische judex konnte nämlich in älterer Zeit wohl den römischen Getreidepreis feststellen, nicht aber den Wert, den eine in Ephesus zu bewirkende Lieferung in Rom hatte. B. konnte deshalb anfänglich nur in Ephesus klagen. Klagte er an einem anderen Orte, so wurde er wegen plus petitio loco abgewiesen (I, 195[9]). Später stieg der Handelsverkehr und es stellte sich nun für die Haupthandelsplätze (und die von diesen abhängigen Provinzen) und die üblichsten Lieferungsgegenstände ein Börsen- und Marktpreis (also ein „Getreidekurs von Rom auf Ephesus") fest. Nunmehr hatte der judex die Möglichkeit, den Wert einer an einem anderen als dem Klageorte zu bewirkenden Leistung festzustellen. Bei bonae fidei negotia konnte er die so festgestellte „Ortsdifferenz" ohne Weiteres berücksichtigen. Bei stricti juris actiones half der Prätor mit einer in die Formel einzufügenden Klausel oder der I, 244[14] besprochenen actio (arbitraria) de eo quod certo loco (sc. dari oportet). Jetzt konnte der Gläubiger nach seiner Wahl am Erfüllungsort oder im ordentlichen Gerichtsstande des Schuldners klagen.[14])

2. Das moderne Recht hat mit dem römischen Grundsatze gebrochen, daß die Verurteilung stets in Geld zu erfolgen hat (I, 348). Heute kann jeder Anspruch bei jedem dafür (sachlich und örtlich) zuständigen Gerichte geltend gemacht werden. Die Verurteilung erfolgt auch

[14]) Die Notwendigkeit, an dem bestimmten Orte Klage zu erheben, war besonders deswegen unbequem, weil anfänglich die Ladung (in jus vocatio) an den Schuldner persönlich am Klageort erfolgen mußte. Durch Nichterscheinen am Erfüllungsorte konnte der Schuldner die Klageerhebung also vereiteln; vgl. Gajus l. 1 D. de eo quod certo loco dari oportet 13, 4: „Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere, sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare."

Digitized by Google

nicht, wie in Rom, auf Leistung am Klageorte. Vielmehr ist im Urteil zu bestimmen, an welchem Orte die Leistung zu bewirken ist.[15]) Deshalb findet auch nicht Abweisung angebrachter Maßen (I, 251[10]) wegen plus petitio loco statt, vorausgesetzt natürlich, daß die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründet ist. Nach CPO. § 29 besteht für Verträge zwar ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts (forum solutionis, nicht contractus, oben S. 83). Dieser ist aber kein ausschließlicher, d. h. die Klage kann ohne Weiteres auch im allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners erhoben werden.[16]) Daraus, daß das forum solutionis kein ausschließlicher Gerichtsstand ist, folgt ferner, daß, wenn der Beklagte sich vor einem unzuständigen Gericht auf die Klage eingelassen hat, ohne den Einwand der Unzuständigkeit zu erheben, stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung (prorogatio fori tacita) eintritt (CPO. §§ 38 ff., I, 170).

§ 78. Zeitliche Beziehungen der Schuldverhältnisse.

a. Entstehungszeit.

Ein Schuldverhältnis entsteht (dies cedit, III, 500[4]), wenn die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Entstehung vor-

---

[15]) Wenn also A. in Berlin von seinem bei Essen belegenen Bergwerk an B. in Potsdam Kohlen fortlaufend lieferbar ab Bahnhof Essen verkauft, so würde B. gegen A. auf Lieferung der Kohlen sowohl in Essen (vorausgesetzt, daß Essen als Leistungsort gemeint ist, vgl. ERG. 10, 92) als in Berlin (A.'s allgemeinem Gerichtsstande) klagen können. In beiden Fällen muß die Urteilsformel jedoch lauten: „Beklagter wird verurteilt, an Kläger vom 1. April 1901 ab allwöchentlich 200 Centner Kohlen seiner Zeche X. ab Bahnhof Essen zu liefern." Erst wenn statt der Realleistung eine Entschädigung in Geld (S. 64) eintritt, kommt daher das „Ortsinteresse" in Frage. Es wird hierbei, auch wenn die Klage in Berlin angestellt wird, nur der Essener, nicht der Berliner Kohlenpreis berücksichtigt.

[16]) Nur sofern eine Klage vor ein Gewerbegericht gehört, ist dem Kläger die Auswahl entzogen. § 25 des GG. betr. die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 bestimmt nämlich: „Zuständig ist dasjenige Gewerbegericht, in dessen Bezirk die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist." Hier kann man also von einem ausschließlichen forum solutionis reden.

Digitized by Google

handen sind. In welchem Augenblicke dies der Fall ist, das läßt sich nur nach der Art des betreffenden Schuldverhältnisses und, soweit dieses auf einem Rechtsgeschäfte beruht, nach dessen Inhalte beurteilen. Wird insbesondere ein Rechtsgeschäft mit einer aufschiebenden Zeitbestimmung (dies a quo) in Verbindung gesetzt, so ist, wie III, 502 dargelegt, aus dem Parteiwillen festzustellen, ob das Schuldverhältnis schon mit der Vornahme entstanden sein, aber erst vom Eintritte des dies an geltend gemacht werden soll (betagtes Recht, vgl. BGB. § 813) oder ob es erst vom Eintritte des dies an als entstanden gelten soll („Rechtsgeschäft, für dessen Wirkung ein Termin bestimmt ist," BGB. § 163).

Die Feststellung der Entstehungszeit eines Schuldverhältnisses, insbesondere der Vornahme des dieses begründenden Rechtsgeschäfts, ist zuweilen von rechtlicher Bedeutung für dessen Beurteilung, so im Falle der Änderung der Gesetzgebung und bei der Anfechtung (vgl. KO. §§ 30 ff., alte KO. §§ 23 ff. und Anfechtungsgesetz § 3).

b. Erfüllungs- (Leistungs-) Zeit.

1. Begriff und maßgebende Umstände.

Die Erfüllungszeit, oder, wie man im Anschluß an BGB. § 271 heute sagt, die Leistungszeit, ist in dem Augenblicke[1]) vorhanden, in welchem eine geschuldete Leistung vom Schuldner bewirkt werden muß und darf, d. h. in welchem sie der Schuldner bewirken, der Gläubiger annehmen muß, sollen nicht die Folgen des Verzugs eintreten (S. 143, 152). Dann ist die Schuld „fällig" (dies venit, III, 500[4]).

---

[1]) Bei der Frage nach der Erfüllungszeit denkt man zunächst nur an den Tag, an dem oder bis zu dem eine Leistung zu bewirken ist. Vielfach kommt es aber weiter auf einen bestimmten Zeitpunkt innerhalb dieses 24stündigen Zeitraumes an (III, 561). Hierher gehören zB. l. 39 D. 46, 3 (die Leistung braucht nicht „inopportuno tempore vel loco" empfangen zu werden), HGB. § 358 („Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden," vgl. altes HGB. Art. 332), sowie § 4 PrEGWO. vom 15. Februar 1850, wonach die Proteststunden auf 9—6 festgesetzt sind; vgl. III, 566[6].

Digitized by Google

Das BGB. wird, wie das bisherige Recht,[2]) von dem Satze beherrscht, daß grundsätzlich Entstehungs- und Leistungszeit mit einander zusammenfallen; § 271 Abs. 1: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken." Ein Hinausschieben der Fälligkeit tritt also nur ein, wenn dies durch Gesetz oder durch Privatwillkür ausdrücklich bestimmt ist, oder nach den Umständen des einzelnen Falles als der nicht zum Ausdrucke gelangten Absicht der Beteiligten entsprechend gelten muß.[3])

α. In erster Reihe kommt es auf das von den Beteiligten ausdrücklich Vereinbarte an. Hierbei kann ein bestimmter Zeitpunkt (Termin), an dem, oder ein Zeitraum (Frist, III, 497), binnen dessen die Leistung bewirkt werden soll, vorgeschrieben werden. Wie für den Inhalt der Schuldverhältnisse überhaupt (unten S. 201), so genügt auch für die Fälligkeit die Bestimmbarkeit der Leistungszeit.[4]) Schuldverhältnisse, deren Erfüllungszeit völlig in das

[2]) Vgl. l. 14 D. 50, 17: „In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur," gewöhnlich durch den Satz ausgedrückt: „Quod sine die debetur, statim debetur;" vgl. ferner den inhaltlich mit BGB. § 271 Abs. 1 übereinstimmenden und daher in das neue HGB. nicht übernommenen Art. 326 (altes) HGB.

[3]) Für den Wechsel ist die ausdrückliche Angabe eines Fälligkeitstermins im Wechsel selbst durch das Gesetz vorgeschrieben (WO. Art. 4^4, 96^4).

[4]) Vgl. zB. HGB. § 359 (altes HGB. Art. 327): „Ist als Zeit der Leistung das Frühjahr oder der Herbst oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpunkt vereinbart, so entscheidet im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes der Leistung." Nur für den Wechsel sind die Beteiligten an die im Art. 4^4 vorgeschriebenen Arten, wie die Fälligkeit sich bestimmen soll, gebunden (bestimmter Tag, Sicht, bestimmte Zeit nach Sicht, bestimmte Zeit nach dato, d. h. nach dem Ausstellungstage, Meß- oder Marktwechsel, wobei der Fälligkeitstag sich nach Art. 35 feststellt). Unzulässig sind zB. Ratenwechsel (mehrere Zahlungsversprechen im gleichen Wechsel mit verschiedenen Verfalltagen), Wechsel auf Kündigung, Wechsel mit Fristbestimmung („spätestens am ...") oder mit mehreren Verfalltagen („am ... oder am ..."), Usowechsel (wobei der Verfalltag durch den Handelsgebrauch bestimmt werden soll). Dagegen ist

Digitized by Google

Belieben des Verpflichteten gestellt ist, sind aber nichtig (S. 203; vgl. jedoch BGB. § 2181, wonach Vermächtnisse, deren Erfüllungszeit dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist, im Zweifel mit dessen Tode fällig werden). Dagegen tritt richterliches Ermessen ein, wenn die Erfüllungszeit zwar unbestimmt gelassen ist, aber entweder die Absicht der Beteiligten war, die Fälligkeit nach Treu und Glauben, nach „billigem Ermessen" des Verpflichteten bestimmen zu lassen (ERG. 34, 15), oder wenn gewisse Umstände angegeben sind, bei deren Vorhandensein die Fälligkeit eintreten soll, zB. „nach Möglichkeit", „bei Besserung der Vermögensverhältnisse."[5])

Zulässig ist auch die Vertragsabrede, daß der Gläubiger oder der Schuldner die Beendigung eines Schuldverhältnisses und die dadurch bedingte Fälligkeit einer Forderung durch Kündigung solle herbeiführen dürfen. Hierbei tritt die Fälligkeit sofort (so zB. beim Sichtwechsel) oder eine bestimmte Zeit nach der Kündigung („Nach Sicht-Wechsel") ein. Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (III, 352). Zuweilen ist eine besondere Form vorgeschrieben (zB. wenn im Mietvertrage bestimmt ist, daß die Kündigung durch einen eingeschriebenen Brief erfolgen müsse). Sonst genügt aber jede Art der Kündigung, auch durch Klageerhebung. Der Berechtigte kann sich auch eine öffentliche Urkunde über die erfolgte Kündigung verschaffen, indem er diese durch

es nach WO. Art. 30 und einer den Art. 30 ergänzenden Nürnberger Novelle (II, 403) zulässig, die Zahlungszeit auf Anfang, Mitte (Medio) oder Ende (Ultimo) eines Monats zu setzen. Denn darunter ist der erste, fünfzehnte oder letzte Monatstag zu verstehen.

[5]) Vielfach gewähren die Gläubiger ihrem in Zahlungsstockung geratenen Schuldner einen Schuldnachlaß oder Aufschub gegen sog. Besserungsscheine. Dann gilt als vereinbart, daß die erlassene oder aufgeschobene Schuld fällig sein soll, wenn die Einkommensverhältnisse des Schuldners sich so günstig gestaltet haben, daß er nach Abzug des für ihn und die von ihm zu unterhaltenden Familienglieder nötigen Unterhalts zu einer, wenn auch nur anteilsweisen Befriedigung des Gläubigers im Stande ist. Hierüber hat auf die Klage des hinsichtlich der thatsächlichen Unterlagen beweispflichtigen Gläubigers der Prozeßrichter zu entscheiden (ERG. 28, 176).

Digitized by Google

einen Gerichtsvollzieher zustellen läßt (vgl. BGB. § 132 Abs. 1). Der Kündigungsgegner, der durch seine Schuld eine Kündigung nicht erhält, wird — in rechtsähnlicher Anwendung der bei Vereitelung des Eintritts einer Bedingung gegebenen Vorschriften (III, 490) — so angesehen, als habe er sie erhalten, zB. wenn ein Hauswirt zum Kündigungstermine verreist, ohne einen Empfangsberechtigten zurückzulassen. Vielfach ist eine Kündigung und deren Frist durch das Gesetz bestimmt, vgl. unten S. 97[7].

Über die Frage, ob es bei feststehender Leistungszeit noch einer Leistungsaufforderung des Berechtigten bedarf, ist unten (S. 138) in der Lehre vom Verzuge zu sprechen; über die Verjährung kündbarer Ansprüche vgl. III, 593.

β. Vielfach ergeben sich Ausnahmen von dem Grundsatze sofortiger Fälligkeit der Forderungen (S. 94) aus der Natur des Schuldverhältnisses, dem die Forderung entspringt, auch wenn eine bestimmte Betagung nicht zum Ausdrucke gelangt ist. Auch hier ist nach Treu und Glauben zu entscheiden.[6])

γ. Endlich sind häufig Forderungen kraft Gesetzes betagt, so daß es einer besonderen Vereinbarung bedarf, wenn der S. 94 dargelegten Regel entsprechend die Fälligkeit sogleich mit der Entstehung eintreten soll.[7])

---

[6]) Leiht zB. A. dem B. ein Rad zu einem Ausfluge von Berlin nach Potsdam, so kann er das Rad erst nach B.s Rückkehr nach Berlin zurückverlangen. Natürlich darf sich B. in Potsdam nicht monatelang aufhalten; vgl. BGB. § 604 Abs. 2 und l. 73 pr. D. 45, 1: „**Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest.**“

[7]) Nach BGB. sind unter den Fällen, in denen die Fälligkeitszeit einer Forderung durch das Gesetz bestimmt wird, so daß dies nicht durch die Beteiligten geschieht oder sich aus den Umständen ergiebt, die folgenden Gruppen zu unterscheiden:

α. Eine Fälligkeitszeit schlechthin ist bestimmt in den §§ 551 (der Mietszins ist am Ende der Mietszeit und, sofern er nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der einzelnen Abschnitte, für ein Grundstück am Kalenderquartalserſten für das abgelaufene Quartal zu zahlen); 581 Abs. 2, 584 (dies gilt auch für den Pacht-

Digitized by Google

2. Rechtliche Bedeutung der Betagung.

α. Ist die Fälligkeit einer Forderung durch Privatwillkür, Natur der Sache oder Gesetz hinausgeschoben, so

---

zins, ist dieser jedoch nach Jahren bemessen, so ist er nach Ablauf je eines Pachtjahrs am ersten Werktage des folgenden Jahres zu entrichten); 614 (beim Dienstvertrag ist die Vergütung nach Leistung der Dienste und falls sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der einzelnen Abschnitte zu entrichten); 641 (beim Werkvertrag ist die Vergütung bei Abnahme des Werkes, sofern teilweise Abnahme und Vergütung vereinbart, bei Abnahme des Teils zu leisten); 699 (der Hinterleger hat die Vergütung bei Beendigung der Aufbewahrung, sofern die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der einzelnen Abschnitte zu entrichten); 721 (ein Gesellschafter kann Rechnungsabschluß und Verteilung von Gewinn und Verlust erst nach Auflösung der Gesellschaft, bei längerer Dauer dieser im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahres verlangen); 760 (die Leibrente ist im voraus zu zahlen, eine Geldrente für je 3 Monate); 913, 917 (die Rente für einen Überbau oder einen Notweg ist jährlich im voraus zu entrichten); 1840 (die Vormundschaftsrechnung ist alljährlich zu legen); vgl. ferner neues HGB. § 64: „Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts *später* erfolgen soll, ist nichtig" (bereits seit 1. Januar 1898 geltend, II, 411).

β. Die Beendigung gewisser Schuldverhältnisse und die Fälligkeit der hierbei sich ergebenden Forderungen tritt erst eine *bestimmte Zeit nach Kündigung* ein in den Fällen der §§ 565 (ist die Mietsdauer nicht bestimmt, so hat die Kündigung bei Grundstücksmiete spätestens am dritten Quartalstage zum Quartalsende, bei nach Monaten oder Wochen bemessenem Mietzins am 15. zum Monatsschluß, und am ersten Werktage zum Schluß der Woche zu erfolgen, bei beweglichen Sachen am dritten Tage vor dem Endigungstage; bei nach Tagen bemessenem Mietzins ist in allen Fällen die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig; die gleichen Grundsätze liegen auch dem ALR. I, 21 §§ 340 ff und der Verordn. betr. die Aufkündigungsfrist bei monatweise gemieteten Wohnungen vom 9. Januar 1812 zu Grunde); 595 (bei der Pacht eines Grundstücks oder Rechts hat die Kündigung spätestens am ersten Werktage des dem Schluß eines Pachtjahrs vorhergehenden Halbjahrs zu erfolgen); 609 (die Kündigungsfrist für auf unbestimmte Zeit gegebene Darlehen ist drei Monate bei mehr als 300 Mk., sonst ein Monat, zinslose Darlehen kann der Schuldner jederzeit zurückerstatten; nach ALR. I, 11 §§ 761 ff. ist die Kündigungsfrist bei mehr als 150 Mk. drei Monate, sonst vier Wochen); 621 ff. (Kündigung der Dienstverhältnisse); 723 (eine auf unbestimmte Zeit

Digitized by Google

kann dies den Sinn haben, daß vor der Fälligkeit weder der Schuldner die Leistung bewirken, noch der Gläubiger sie annehmen muß, so heute regelmäßig beim verzinslichen Darlehen (BGB. § 609 Abs. 1 und 2). Die Hinausschiebung der Fälligkeit kann aber auch zu Gunsten nur eines der Beteiligten gemeint sein, also entweder zu Gunsten des Gläubigers, so daß dieser zwar jederzeit fordern, der Schuldner aber gegen den Willen des Gläubigers erst nach Eintritt der Fälligkeit leisten darf (z.B. bei der Verwahrung, BGB. §§ 695, 696); oder zu Gunsten

---

eingegangene Gesellschaft darf jederzeit, aber nicht zur Unzeit gekündigt werden); vgl. ferner die bereits seit dem 1. Januar 1898 geltenden §§ 66, 67 (neues) HGB.: Gesetzliche Kündigungsfrist für Handlungsgehülfen: 6 Wochen zum Vierteljahrsschluß; eine durch Vertrag bedungene Kündigungsfrist muß für beide Teile gleich sein, darf nicht weniger als einen Monat betragen und ist nur für einen Monatsschluß zulässig.

γ. Endlich ist zuweilen bestimmt, daß die Beendigung gewisser Schuldverhältnisse und der dadurch bedingte Eintritt der Fälligkeit gewisser Forderungen durch Privatwillkür nicht für länger als eine bestimmte Zeit hinausgeschoben werden darf. Hierher gehören die §§ 247 (oben S. 46[12]), 567 („Wird ein Mietvertrag für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen, so kann nach dreißig Jahren jeder Teil das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung ist unzulässig, wenn der Vertrag für die Lebenszeit des Vermieters oder des Mieters geschlossen ist"); 624 („Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate"); 695 („Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist"); 723 Abs. 3 („Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht — des Gesellschafters — ausgeschlossen oder den gesetzlichen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig;") 749, 750 (das Recht, die Aufhebung einer Gemeinschaft zu verlangen, kann nur in gewissen Schranken ausgeschlossen werden); 1202 Abs. 2 (eine Beschränkung des Kündigungsrechts des Schuldners einer Rentenschuld ist nur soweit zulässig, daß der Eigentümer nach 30 Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist kündigen kann, — vgl. die ähnliche Vorschrift in § 91 des Pr. Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850, II, 608[2]); 2044 (Grenzen des Verbots der Auseinandersetzung unter Miterben).

Digitized by Google

des Schuldners, sodaß dieser sich jederzeit durch Leistung befreien, der Gläubiger aber erst nach Eintritt der Fälligkeit fordern darf (so beim zinslosen Darlehen, BGB. § 609 Abs. 3).

Die Entscheidung, ob eine Betagung zu Gunsten beider Teile oder nur des Gläubigers oder nur des Schuldners erfolgt ist, ist unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falls nach der vermutlichen Absicht der Beteiligten zu treffen. Soweit hierfür keine Anhaltspunkte gegeben sind und nicht etwa das Gesetz für die betreffende Geschäftsart eine ausdrückliche Entscheidung enthält (wie in den eben erwähnten §§ 609, 695, 696 BGB.), gilt nach Gemeinem Recht und BGB. die Betagung nur zu Gunsten des Schuldners, nach ALR. zu Gunsten beider Teile.[8])

Ist hiernach die Fälligkeit im Interesse nur des Schuldners hinausgeschoben, so kann dieser schon vorher den Gläubiger zur Annahme der Leistung zwingen. Er darf dann aber mangels besonderer Vereinbarung von der Leistung nicht etwa die Vorteile kürzen, die der Gläubiger von dem Tage der vorzeitigen Leistung bis zum Fälligkeitstage ziehen kann. Bezahlt insbesondere der Schuldner eine un-

---

[8]) Gemeinrechtliche Regel aus l. 41 § 1 D. 45, 1: „diei adjectio pro reo est non pro stipulatore"; vgl. ferner l. 17 D. 50, 17: „Cum tempus in testamento adicitur, credendum est, pro herede adiectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adicitur". Hiermit übereinstimmend sagt BGB. § 271 Abs. 2: „Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann."

Dagegen bestimmt ALR. I, 5 § 241: „Vor Ablauf des im Vertrage bestimmten Zeitraumes kann, wider den Willen eines oder des andern Teils, die Erfüllung weder gefordert noch geleistet werden." Anwendungen dieser Regel finden sich zB. in I, 11 §§ 758 (Darlehen) und 935 (Werkvertrag), eine Ausnahme davon in I, 12 § 330 (die Hinausschiebung der Auszahlung eines Vermächtnisses gilt nur zu Gunsten des belasteten Erben, d. h. des Schuldners); vgl. ferner I, 21 § 245, I, 14 § 55. Keine Entscheidung enthielt der durch BGB. § 271 Abs. 2 ersetzte und daher in das neue HGB. nicht übernommene Art. 334 Abs. 1 HGB.

Digitized by Google

verzinsliche Schuld[9]) vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen (Diskonto, interusurium, commodum repraesentationis) nicht berechtigt[10]) (altes HGB. Art. 334 Abs. 2, BGB. § 272).

---

[9]) Bei verzinslichen Forderungen wird der Gläubiger regelmäßig keinen Vorteil haben, da der Zinsenlauf mit der Zahlung natürlich aufhört.

Vielfach ist es im Handel gebräuchlich, dem Schuldner die Wahl zu lassen, ob er einige Monate „Ziel" haben oder sofort gegen Gewährung eines Abzugs (Rabatt, Skonto, Diskont) zahlen wolle; vgl. die Formel auf den Rechnungen: „Drei Monate Ziel oder Kasse mit 2% Skonto". Wird sofortige Zahlung ohne Abzug verlangt, so heißt es: „rein netto Kassa" (engl. cash down spr. kesch dann, franz. per comptant).

[10]) Dagegen werden in anderen Fällen die Zwischenzinsen abgezogen; so, wenn dies bei vorzeitiger Zahlung vereinbart wird oder wenn der gegenwärtige Wert einer betagten Forderung festgestellt werden muß. Dies wird zuweilen durch das Gesetz vorgeschrieben. So werden zB. nach KO. § 65 (bisher § 58) betagte unverzinsliche Forderungen auf ihren Wert zur Zeit der Konkurseröffnung herabgemindert, und nach BGB. § 1133 Satz 3 kann der Hypothekengläubiger einer betagten unverzinslichen Forderung nur in Höhe ihres gegenwärtigen Werts Sicherstellung verlangen. Viel größere wirtschaftliche Bedeutung hat die Feststellung des gegenwärtigen Werts einer betagten unverzinslichen Forderung, wenn sie erfolgt, um den Verkaufswert zu ermitteln. Insbesondere beruht die wirtschaftliche Bedeutung des Wechselverkehrs großenteils darauf, daß der Wechselinhaber durch Verkauf des Wechsels vor Fälligkeit (sog. Diskontierung) jederzeit in der Lage ist, sich Barmittel zu verschaffen. Wenn zB. der Eisengroßhändler A. seinem Abnehmer B. für 1000 Mk. Waren „gegen Dreimonatsakzept" verkauft, so kann er das Brachliegen seines in diesem Geschäfte steckenden Kapitals dadurch vermeiden, daß er B.'s „Akzept", d. h. den von A. auf B. gezogenen, von B. angenommenen Wechsel bei einer Bank, die sich mit der Wechseldiskontierung befaßt (vor allem bei der Reichsbank, soweit der Wechsel „bankfähig" ist, III, 338) diskontiert. Der „Diskonteur" kann A. natürlich nicht den Nominalbetrag des Wechsels zahlen, sondern nur den gegenwärtigen Wert.

Für die in allen diesen Fällen erforderliche Ermittelung des gegenwärtigen Werts einer betagten unverzinslichen Forderung sind verschiedene Berechnungsarten aufgestellt worden:

α. Nach der sog. Carpzovschen Berechnung werden die Zinsen der Zwischenzeit vom Nennwerte der Forderung zum gesetzlichen Zinsfuße berechnet. Ein nach Jahresfrist zahlbares Kapital von 1000 Mk. würde danach (bei Zugrundelegung des in BGB.

Digitized by Google

Weiter bestimmt BGB. § 813 Abs. 2: „Wird eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt, so ist die Rückforderung aus-

---

§ 246 angenommenen Zinsfußes von 4 % einen gegenwärtigen Wert von 960 Mk. haben. Diese Methode ist einfach, aber ungenau und dem Gläubiger ungünstig. Denn danach hätte ein in 25 Jahren zahlbares Kapital heute überhaupt keinen Wert Dennoch liegt sie der einzigen über die Berechnung des Interusurium sprechenden Quellenstelle zu Grunde (l 88 § 3 D. ad legem Falcidiam 35, 2). Es handelt sich hier um Feststellung des gegenwärtigen Werts eines betagten Vermächtnisses zwecks Ermittelung, ob dem Erben das ihm frei von Legaten zu belassende Viertel der Erbschaft, — die „Quarta Falcidia", I, 104 — gewährt ist. Sie wird auch gegenwärtig ihrer Einfachheit wegen im Geschäftsverkehr, besonders bei der Wechseldiskontierung, allein angewandt, zumal hier ihre Fehlerhaftigkeit bei den regelmäßig nur in Frage kommenden kurzen Fristen nicht ins Gewicht fällt. Hierbei wird aber nicht der gesetzliche, sondern ein durch Angebot und Nachfrage sich richtender wechselnder Zinsfuß zu Grunde gelegt. Die Reichsbank giebt den Diskontsatz bekannt (Reichsbankdiskont), zu dem sie Wechsel diskontiert und Waren sowie Effekten beleiht (lombardiert), und danach richtet sich auch der „Privatdiskont". Werden der Reichsbank große Summen entnommen, so erhöht sie den Diskont, um eine weitere Minderung ihrer baren Reserve zu verhindern; im November 1898 erreichte der Reichsbankdiskont z.B. die ungewöhnliche Höhe von 6 %.

β. Im Gegensatze zu der Carpzovschen berechnet die Hoffmannsche Methode (G. A. Hoffmann, Klugheit Haus zu halten, 1731) die Zwischenzinsen nicht nach dem Nennwerte der Forderung, sondern sucht ein Kapital, das mit Zurechnung der Zinsen hiervon am Fälligkeitstage den Nennwert ergiebt; in obigem Beispiel also $x + \frac{x \cdot 4}{100} = 1000$; $104\,x = 100\,000$; x (gegenwärtiger Wert) = etwa 961,54 Mk.

γ. Mathematisch noch genauer ist die von Leibniz (**meditatio juridico-mathematica de interusurio simplice**, 1683) aufgestellte Berechnungsweise, die ein Kapital sucht, das mit Zinsen und Zinseszinsen am Fälligkeitstage den Nennwert ergiebt.

Die Reichsgesetzgebung folgt der Hoffmannschen Methode; vgl. BGB. § 1133 und KO. § 65 Abs. 2 (früher § 58): „Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt." Abgesehen von diesen gesetzlich geordneten Fällen ist es jedoch Sache des Richters, zu entscheiden, welche Berechnungsart als der Natur der Sache und der vermutlichen Absicht der Parteien entsprechend anzusehen ist.

Digitized by Google

geschlossen; die Erstattung von Zwischenzinsen kann nicht verlangt werden."[11])

β. Die wesentliche praktische Bedeutung der Hinausschiebung der Erfüllung liegt darin, daß die Partei, zu deren Gunsten die Betagung geschehen ist, vor Eintritt der Fälligkeit die Leistung nicht zu bewirken oder anzunehmen braucht. Nach Eintritt der Fälligkeit ist das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner an sich eben so zu beurteilen, als hätte eine Betagung nicht stattgefunden. Es ist jedoch eine doppelte Behandlungsweise möglich, wenn die Leistung nach Eintritt der Fälligkeit nicht bewirkt oder angenommen wird.

a. Regelmäßig treten allerdings nur die gewöhnlichen Folgen nicht rechtzeitiger Leistung oder Leistungsannahme ein, also — unter den sonstigen Voraussetzungen, S. 138 — die Folgen des Verzugs. Zu diesen gehört jedoch nicht, daß der Gegner des nicht sogleich nach Fälligkeit Leistenden oder Annehmenden befugt ist, das Schuldverhältnis durch Rücktritt zur Auflösung zu bringen (unten S. 143, 152).

b. Es bedarf daher einer besonderen Bestimmung, wenn die nicht rechtzeitige Leistung oder Annahme die Auflösung des Schuldverhältnisses herbeiführen soll. Diese Bestimmung kann entweder ausdrücklich geschehen (lex commissoria, unten S. 233) oder sich aus der Natur des Schuldverhältnisses ergeben (sog. Fixgeschäft, BGB. § 361, neues HGB. § 376, altes HGB. Art. 357). In diesen Fällen genügt dann auch die bloße Nichteinhaltung des Fälligkeitstages, ohne daß die sonstigen Voraussetzungen des Verzugs, besonders also eine vom Schuldner zu vertretende Verzögerung (S. 142), vorzuliegen brauchen. Hierüber ist unten bei der Lehre vom Verzuge (§§ 82, 83) und vom Rücktritte (§ 94) zu sprechen.

[11]) Ebenso bestimmt l. 10 D. 12, 6: „In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit". Ob ein interusurium verlangt werden kann, ist für das Gemeine Recht streitig. Auch nach ALR. I, 16 §§ 168, 171 gilt regelmäßig der in BGB. § 813 ausgedrückte Grundsatz; nur können Zwischenzinsen gefordert werden, wenn ein nicht Geschäftsfähiger eine rechtsbeständig Schuld zu früh gezahlt hat.

Digitized by Google

γ. Die Hinausschiebung der Fälligkeit einer Leistung hat auch sonst noch vielfache rechtliche Bedeutung, so als Hemmungsgrund der Verjährung (BGB. § 202), bei der Aufrechnung (nur fällige Forderungen werden aufgerechnet, BGB. § 387, unten S. 279), im Lohnarrestgesetz vom 21. Juni 1869 § 1 (Pfändung erst nach Fälligkeit, S. 321[8]).

3. Vorzeitige und hinausgeschobene Fälligkeit.

α. Zuweilen wird eine betagte Leistung durch einen das Schuldverhältnis betreffenden Umstand vor Eintritt der Leistungszeit fällig. Dies tritt vor allem bei Konkurseröffnung ein. Hierbei gelten nach KO. § 65 (früher § 58) betagte Forderungen als fällig und zwar unverzinsliche unter Herabminderung nach der Hoffmannschen Methode (S. 101[10]); vgl. auch BGB. § 1133 (vorzeitige Befriedigung der Hypothekengläubiger bei Verschlechterung des Grundstücks). Hierher gehören ferner die Fälle, in denen in Folge des Eintritts eines Umstands vorzeitig zwar nicht die Leistung selbst, aber deren Sicherstellung verlangt werden kann, vgl. zB. WO. Art. 25 ff. (Regreß auf Sicherstellung wegen nicht erhaltener Annahme und wegen Unsicherheit des Akzeptanten), HGB. § 370 (früher Art. 314: kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht auch wegen nicht fälliger Forderungen, wenn gegen den Schuldner Konkurs eröffnet oder eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht ist), CPO. §§ 916 ff. (bisher §§ 796 ff., Arrest). Über die ebenfalls eine vorzeitige Fälligkeit herbeiführende kassatorische Klausel ist unten (S. 235[5]) bei der Lehre vom Rücktritte zu sprechen.

β. Umgekehrt wird häufig der Fälligkeitstag nachträglich durch Parteiwillkür hinausgeschoben (Stundungsvertrag, so zB. bei den Prolongationsgeschäften an der Börse). Handelt es sich um Verlängerung einer Frist, so wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet (BGB. § 190, altes HGB. Art. 333). Ehemals konnte auch eine zwangsweise Hinausschiebung der Fälligkeit aller oder gewisser Forderungen durch Mehrheitsbeschluß der Gläubiger, durch den Landesherrn oder das Gericht

Digitized by Google

geschehen (General- und Spezialmoratorium). Dies ist heute beseitigt (vgl. I, 381). Heute kann eine Zwangsstundung nur in den Formen eines Zwangsvergleichs im Konkurse herbeigeführt werden.[12])

c. Klagezeit.

Grundsätzlich kann die Leistung erst nach der Fälligkeit, aber auch sogleich nach dieser, durch Klage geltend gemacht werden. Es sind aber nach beiden Richtungen Ausnahmen anerkannt.

1. Manche Forderungen können schon vor der Fälligkeit eingeklagt werden. Hierher gehören die ehemalige preußische Kündigungsklage und die bei der Umarbeitung der CPO. neu aufgenommenen §§ 257—259 CPO.[13])

2. Bei manchen Forderungen ist trotz Eintritts der Fälligkeitszeit sofortige Klage unzulässig.[14]) Hierher gehören

---

[12]) Über das durch das BGB. beseitigte beneficium competentiae, das insofern nur eine Zwangsstundung enthielt, als der Schuldner zur Nachzahlung verpflichtet war, sobald er in bessere Vermögensverhältnisse kam, vgl. I, 249[7] und unten S. 158. Als richterliches Spezialmoratorium hinsichtlich der Prozeßkosten kann man die Bewilligung des Armenrechts bezeichnen (CPO. §§ 114 ff, bisher §§ 106 ff.).

[13]) Vgl. hierüber I, 230[1]. Die für die Praxis wichtigen §§ 257—259 CPO. lauten:

§ 257: „Ist die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraums oder eines anderen Raumes an den Eintritt eines Kalendertags geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden."

§ 258: „Bei wiederkehrenden Leistungen kann auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden."

§ 259: „Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde."

[14]) Nach manchen früheren deutschen Rechten (vgl. ALR. II, 8 § 1091) standen dem Wechselschuldner nach Eintritt der Fälligkeit gewisse Respekttage zur Zahlung offen, vor deren Ablauf er nicht verklagt werden konnte. Dies ist durch WO. Art. 33 beseitigt.

Digitized by Google

die Fälle, in denen der Schuldner erst durch eine Mahnung des Gläubigers (bei Wertpapieren Vorlegung des Papiers und Feststellung der Vorlegung durch Protest), der Gläubiger erst durch Angebot des Schuldners in Verzug gesetzt wird (unten S. 150).

III. Unmöglichkeit der Leistung.

§ 79. Unmöglichkeit. Allgemeines.

a. Begriff und Einteilung.

Etwas thatsächlich oder rechtlich Unmögliches kann nicht geleistet werden (impossibilium nulla obligatio est, l. 185 D. 50, 17; „ultra posse nemo obligatur"). Aus diesem selbstverständlichen Grundsatz ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß ein auf etwas Unmögliches gerichtetes Schuldverhältnis ohne alle rechtliche Bedeutung ist. Vielmehr fragt es sich, ob der Umstand, daß der Inhalt eines Schuldverhältnisses auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, das gesamte Schuldverhältnis nichtig macht oder ob der Schuldner nicht vielmehr an Stelle des Unmöglichen etwas Anderes als Ersatz leisten muß, so daß das Schuldverhältnis an sich bestehen bleibt. In dieser Beziehung wirken gewisse Thatsachen in verschiedenartiger Weise, und dadurch wird eine mehrfache Einteilung der Unmöglichkeit begründet.

1. Zunächst ist zu unterscheiden, ob eine Leistung von vornherein unmöglich ist (ursprüngliche Unmöglichkeit) oder ob die Unmöglichkeit der Leistung erst nach Be-

---

Über die Hinausschiebung der Fälligkeit, wenn der Erfüllungstermin oder der letzte Tag der Erfüllungsfrist auf einen Sonn- oder Feiertag trifft, vgl. III, 569. Vgl. ferner die Vorschriften, wonach der Erbe die Berichtigung einer Nachlaßschuld bis zum Ablauf einer gewissen Zeit verweigern darf (BGB. § 2014: bis auf drei Monate nach Annahme der Erbschaft; ähnlich ALR. I, 9 §§ 383 ff. und der „Dreißigste" des deutschen Rechts, II, 717, 730[a]); vgl. auch CPO. § 239 Abs. 5 (neu), wonach der Erbe vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung eines in Folge des Todes des Erblassers unterbrochenen Rechtsstreits nicht verpflichtet ist.

Digitized by Google

gründung des Schuldverhältnisses eintritt (nachfolgende Unmöglichkeit).

α. Die ursprüngliche Unmöglichkeit kommt nur bei den auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnissen in Betracht. Gemäß der Anordnung des BGB. (§§ 306—308, 323—325, 2171) ist daher hierüber unten in § 89 zu sprechen.

β. Dagegen kann die nachfolgende Unmöglichkeit, eine Leistung zu bewirken, bei allen Arten von Schuldverhältnissen in Frage kommen. Hierüber bestimmt das BGB. deshalb im ersten Abschnitte (Inhalt der Schuldverhältnisse, §§ 275—282).

2. Somit ist an dieser Stelle nur die Frage zu beantworten, wie eine nachträglich eintretende Leistungsunmöglichkeit auf ein bestehendes Schuldverhältnis einwirkt. Hierbei sind nach BGB. zwei Umstände von bestimmender Bedeutung: einmal, ob die Unmöglichkeit, die Leistung zu bewirken, für jedermann vorhanden (objektive Unmöglichkeit) oder nur in den persönlichen Verhältnissen des Verpflichteten begründet ist (subjektive Unmöglichkeit);[1]) und ferner, ob der die nachträgliche Unmöglichkeit herbeiführende Umstand von dem Schuldner zu „vertreten" ist oder nicht.[2])[3])

[1]) Das BGB. (§ 275) spricht nur bei der objektiven Erfüllungsunmöglichkeit von „Unmöglichkeit", bei der subjektiven dagegen von „nachträglich eintretendem Unvermögen des Schuldners zur Leistung". In ähnlicher Weise stellt l. 137 § 4 D. 45, 1 dem „impedimentum naturale" die mangelnde „facultas dandi" gegenüber.

[2]) Bisher unterschied man nicht: vom Schuldner „zu vertretende" und vom Schuldner „nicht zu vertretende", sondern: „verschuldete" und „zufällige Unmöglichkeit" (vgl. auch ALR. I, 5 §§ 360 ff.). Diese Unterscheidung war ungenau. Abgesehen davon, daß die Beteiligten durch Rechtsgeschäft eine Vertretung für Zufall (Garantievertrag) und umgekehrt (in gewissen Grenzen, S. 119) eine Nichtvertretung für Verschulden begründen können, haftet der Schuldner vielfach auch kraft Gesetzes für zufällige und umgekehrt nicht für jede verschuldete Unmöglichkeit (unten § 80). Das BGB. hat daher mit Recht die Einteilung in verschuldete und zufällige Unmöglichkeit durch die für alle Fälle passende Einteilung in „zu vertretende" und „nicht zu vertretende" ersetzt.

Digitized by Google

b. Folgen nachträglicher Unmöglichkeit.

Welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, das richtet sich nach dem Inhalte des in Frage kommenden Schuldverhältnisses, und hierüber ist im folgenden Paragraphen zu sprechen. Allgemein bestimmt sind aber die Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit, je nachdem diese auf einem vom Schuldner zu vertretenden oder auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht. Das im Wesentlichen dem bisherigen Rechte folgende BGB. unterscheidet:

1. Die Unmöglichkeit ist durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt. Dann ist nach BGB. §§ 275, 279 weiter zu unterscheiden:

α. Ein in sich bestimmter Gegenstand (Spezies) ist zu leisten: dann wird der Schuldner und demgemäß auch der Bürge oder Pfandbesteller (§ 767, 1210) von der Verpflichtung zur Leistung soweit (also für die Zeit und bei teilbaren Leistungen für den Teil) frei, wie die Leistung unmöglich ist. In diesem Falle wird vom BGB. zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit nicht unterschieden.

---

[a]) Zu beachten ist, daß nur die wirkliche Leistungsunmöglichkeit, nicht eine nachträgliche Leistungserschwerung von Bedeutung ist. Diese Frage ist in neuerer Zeit besonders gelegentlich des Ausbruchs des deutsch-russischen Zollkriegs (Juli 1893) behandelt worden. Es fragte sich hierbei, ob die von deutschen Getreidehändlern mit Russen abgeschlossenen Getreidelieferungsverträge durch die plötzliche Erhöhung des Eingangszolls aufgehoben wären oder wer den erhöhten Eingangszoll zu tragen hätte. Endemann (Einführung in das Studium des BGB. S. 496[18]) weist mit Recht darauf hin, daß die Zollerhöhung zwar als ein äußeres unabwendbares Ereignis, also als höhere Gewalt (S. 117), aufzufassen ist, daß aber höhere Gewalt ein Schuldverhältnis nur in den gesetzlich anerkannten Fällen (S. 124) und bei dadurch herbeigeführter Unmöglichkeit beeinflußt und es keinen allgemeinen Grundsatz giebt, wonach ein Schuldverhältnis unter dem Einflusse einer seine Erfüllung erschwerenden vis major hinfällig werde. Hiernach hatte der Russe den Zoll zu tragen, wenn er in Deutschland zu liefern hatte, hier also sein Erfüllungsort war (S. 83), während der Deutsche den Zoll tragen mußte, wenn er in Rußland abzunehmen hatte.

Digitized by Google

Vielmehr steht nach § 275 Abs. 2 der (objektiven) „Unmöglichkeit" das (subjektive) „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" (S. 106[1]) gleich. Über die besondere Gestaltung bei den gegenseitigen Verträgen ist später zu sprechen (S. 213).

β. Ein nur der Gattung nach bestimmter Gegenstand (Genus) ist zu leisten: dann tritt Befreiung des Schuldners nur dann ein, wenn die Leistung durch Untergang der ganzen Gattung (objektiv) unmöglich wird, nicht aber schon dann, wenn der Schuldner (zB. in Folge zufälligen Untergangs der ihm gehörenden Gattungssachen, aus denen er die Leistung bewirken wollte) zur Leistung unvermögend wird[4]).

2. Die Unmöglichkeit ist durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand herbeigeführt. Dann bleibt das Schuldverhältnis an sich unberührt; es bleiben daher auch die die Leistung etwa sichernden accessorischen Rechte (zB. aus Bürgschaft oder Pfandbestellung) bestehen. Der Gläubiger kann also auch zunächst auf Bewirkung der Leistung klagen[5]). Er kann aber auch sogleich Schadensersatz wegen Nichtleistung beanspruchen (BGB. § 280 Abs. 1),

---

[4]) Wenn also A. verspricht, dem B. im Herbste sein Viktoria-Fahrrad zu schenken, und dieses geht vorher durch einen Zufall unter, so ist A. frei; nicht aber, wenn A. dem B. ein Viktoria-Fahrrad versprochen hat, auch wenn das von A. besessene untergegangen und A. in Folge neuerlicher Vermögensverluste zur Beschaffung eines anderen unvermögend ist.

[5]) Da der Gläubiger, wenn er sofort die Schadensersatzklage anstellt — wie im Texte weiterhin ausgeführt — die Beweislast für die eingetretene Unmöglichkeit hat, so wird er sogar, soweit hierüber ein Zweifel besteht (zB. A. hat dem B. ein dem C. gehöriges Grundstück verkauft, das C. nicht veräußern will), vorsichtiger Weise stets zuerst auf Leistung klagen. Nach der praktischen Vorschrift des § 283 kann der Gläubiger nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zu der ursprünglichen Leistung diesem eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Wird die Leistung (in dem obigen Beispiele die Eigentumsverschaffung an C.'s Grundstücke) nicht innerhalb dieser Frist bewirkt, dann muß der Schuldner Schadensersatz leisten. Freilich kann dann auch der Gläubiger nicht mehr die ursprünglich geschuldete Leistung beanspruchen.

Digitized by Google

muß aber in diesem Falle beweisen, daß die Leistung unmöglich oder der Schuldner dazu unvermögend ist. Dagegen braucht der Gläubiger nicht zu beweisen, daß die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstands ist Vielmehr hat nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 282 der Schuldner der Schadensersatzklage gegenüber „sich zu exkulpieren", d. h. zu beweisen, daß er den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand nicht zu vertreten hat.

Die Schadensersatzpflicht des Schuldners tritt nur ein, soweit die Leistung unmöglich wird, bei teilbaren Leistungen also nur hinsichtlich des betroffenen Teils. Hat jedoch im Falle teilweiser Unmöglichkeit die Teilerfüllung für den Gläubiger kein Interesse, so kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teils Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen (BGB. § 280 Abs. 2).

Für alle Arten der Leistungsunmöglichkeit gilt das sog. Surrogationsprinzip. § 281 BGB. bestimmt: „Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs". Danach hat der Gläubiger zB. einen Anspruch auf die Versicherungssumme des durch Feuer zerstörten Leistungsgegenstands (sog. stellvertretendes Kommodum, unten S. 125), muß das hierauf Erlangte jedoch auf seinen Ersatzanspruch abrechnen.

Digitized by Google

§ 80. Verschulden und Zufall.

a. Übersicht.

Die Frage, welche — eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit herbeiführende — Umstände vom Schuldner „zu vertreten" sind, bedeutet nach dem Vorstehenden: welche dieser Umstände seine Schadensersatzpflicht begründen, oder, wie man zu sagen pflegt, für welche Umstände der Schuldner „haftet" (nämlich auf Schadensersatz). Wie S. 107 bemerkt, müssen die die Vertretung begründenden Umstände für jedes Schuldverhältnis besonders ermittelt werden. Hierüber ist später (§ 81) zu sprechen. Vorher ist jedoch festzustellen, welche Umstände für die Entscheidung der Frage, ob der Schuldner für eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit haftet, überhaupt in Betracht kommen können. Diese Umstände lassen sich den Hauptbegriffen Verschulden und Zufall unterordnen.

b. Verschulden (culpa im weiteren Sinne).

Verschulden ist rechtswidriges Wollen. Daraus folgt, daß nur Willensfähigen ein Verschulden angerechnet werden kann. Daß trotzdem Willensunfähige zuweilen für (objektiv) rechtsverletzende Handlungen zur Verantwortung gezogen werden, ist S. 59 dargelegt.

Der ein Verschulden darstellende Willensfehler kann Vorsatz oder Fahrlässigkeit sein.

1. Vorsatz (dolus).

Die Bestimmung des Begriffes „Vorsatz" ist sowohl für das Strafrecht als für das bürgerliche Recht streitig. Nach der herrschenden sog. Willenstheorie ist Vorsatz das Wissen und Wollen des durch eine Willensbethätigung herbeizuführenden Erfolges. Nach der richtigen (besonders von Liszt vertretenen) Vorstellungstheorie dagegen ist das „Wollen" des Erfolges kein notwendiges Begriffsmoment des Vorsatzes (wohl aber der Absicht, unten S. 111). Vielmehr genügt zur Annahme eines Vorsatzes des Thäters das „Bewußtsein" (die Er-

Digitized by Google

kenntnis oder Vorstellung), daß seine Willensbethätigung (Handeln oder Unterlassen) einen gewissen Erfolg nach sich ziehen werde. Vorsatz ist aber nicht nur dann vorhanden, wenn der Handelnde den Erfolg seines Handelns für notwendig hielt (dolus determinatus). Vielmehr genügt auch dolus eventualis, d. h. die Vorstellung des Handelnden, daß ein gewisser Erfolg seines Handelns eintreten könne, vorausgesetzt, daß er auch mit diesem möglichen Erfolg einverstanden war; oder wie Liszt sagt, „daß die Überzeugung von dem sicheren Eintritte des Erfolges den Thäter von der Begehung nicht abgehalten hätte". [1])

Vom Vorsatze streng zu unterscheiden ist die Absicht. Der Vorsatz ist auf das Handeln (unter Erkennen des Erfolges), die Absicht auf den Erfolg selbst gerichtet. Ein Erfolg ist beabsichtigt, wenn die Voraussicht dieses Erfolges der Beweggrund des Handelns war (Liszt). Wenn das Gesetz daher eine Rechtsfolge an das bloße vorsätzliche Handeln knüpft, so kommt es, sofern der Vorsatz feststeht, nicht noch darauf an, in welcher Absicht der Thäter gehandelt hat. Andererseits ist vielfach nicht schon ein vorsätzliches, sondern ein absichtliches Handeln zur Voraussetzung einer Rechtsfolge gemacht, so daß diese Folge nur herbeigeführt wird, wenn neben der Vorstellung, daß ein Erfolg eintreten werde (Vorsatz), der Wille vorhanden ist,

---

[1]) Der dolus eventualis wird sich vielfach mit dem höchsten Grade der Fahrlässigkeit (luxuria, S. 114[4]) berühren, unterscheidet sich aber von dieser begrifflich durch die – häufig freilich schwer zu ermittelnde — Vorstellung des Thäters bei Begehung der Handlung. ZB. A. will seinem im Gefängnisse sitzenden Freunde B. einen um einen Stein gewickelten „Kassiber" durch das Fenster zuwerfen. Er kann nicht erkennen, ob das Fenster offen steht oder nicht. Sagt er sich: „Steht das Fenster nicht offen, so prallt der Stein eben ab", dann liegt, sofern das Fenster zertrümmert wird, nur fahrlässige Sachbeschädigung vor, die civilrechtliche, aber nicht strafrechtliche Folgen (StrGB. § 303) nach sich zieht. Sagt er sich aber: „Zerschlägt der Stein das Fenster, so ist mir das auch recht, wenn B. nur den Kassiber bekommt", so liegt auf Grund dieses dolus eventualis vorsätzliche Sachbeschädigung vor.

Digitized by Google

diesen Erfolg herbeizuführen (Absicht).[2]) Mit der Absicht, also dem Beweggrunde der Willensbethätigung, nicht zu verwechseln ist ferner der Zweck des Handelns oder Unterlassens, nämlich die hierdurch erstrebte Erreichung der Befriedigung eines Wunsches oder Bedürfnisses des Handelnden.

---

[2]) Das Wort dolus bezeichnet in den Quellen bald Vorsatz, bald Absicht, im engeren Sinn absichtliche Irrtumserregung (Betrug, III, 399). Zuweilen wird bei vorsätzlichem Handeln in lauterer Absicht (misericordia gratia) der Ausdruck dolus zwecks Abschwächung der Folgen vermieden (l. 7 § 7 D. 4, 3; l. 5 pr. D. 11, 3; l. 7 pr. D. 16, 3). Auch in der Reichsgesetzgebung hat sich eine feste Sprechweise noch nicht gebildet, und es ist daher in jedem einzelnen Falle zu ermitteln, welche Bedeutung der gewählte Ausdruck haben soll. So bedeutet zB. „Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen" in KO. § 31 (früher § 24) in Wahrheit „Vorsatz"; denn es genügt der Entschluß des Gemeinschuldners zur Vornahme einer Handlung mit dem Bewußtsein, daß diese die Gläubiger schädigen werde, und es ist nicht etwa außerdem noch erforderlich, daß die Schädigung der Gläubiger Beweggrund oder Zweck des Handelns war. Ebenso bedeutet das Wort „absichtlich" im StrGB. § 266 (Untreue) „vorsätzlich"; es genügt zB. das Bewußtsein des Vormunds, daß seine Verfügung über ein Vermögensstück des Mündels dieses schädigen werde, auch wenn er sich etwa zu der Verfügung durch Mitleid oder Gutmütigkeit gegen einen Dritten hat verleiten lassen. Richtig gegenübergestellt sind dagegen die Begriffe Vorsatz und Absicht im StrGB. §§ 223—225 (vorsätzliche Körperverletzung mit absichtlicher Herbeiführung gewisser schwerer Folgen, zB. des Verlusts eines Sinnes).

Das BGB. hält die Begriffe Vorsatz und Absicht auseinander, wenngleich es den Ausdruck „Absicht" nicht verwendet. Das ergiebt sich besonders aus der häufig vorkommenden Hervorhebung der Böswilligkeit, also der bösen Absicht, als eines besonderen Thatbestandsmoments neben dem Vorsatze, zB. in §§ 324, 615, 649 (böswilliges Unterlassen eines Erwerbs, d. h. vorsätzliches Unterlassen, in der Absicht, den Gegner zu schädigen), 1567 (böswillige Verlassung, d. h. vorsätzliches Sichfernhalten von der häuslichen Gemeinschaft in der Absicht, diese zur Auflösung zu bringen), 2333[4] (böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht). Übrigens stellt schon die PGO. nebeneinander: „mit Wissen, fürsetzlich und argelistiglich" (Art. 107), „argelistig und mit Willen" (Art. 146).

Über den Begriff „böswillige Handlungsweise" im HGB. vgl. unten S. 114[4].

Digitized by Google

2. Fahrlässigkeit (culpa im engeren Sinne).

Fahrlässigkeit ist die Vernachlässigung (neglegentia, desidia) einer Sorgfalt, zu deren Anwendung eine Person verpflichtet ist. Für die Bestimmung des Maßes der erforderlichen Sorgfalt kommt ein doppelter Maßstab in Betracht. Grundsätzlich wird ein durch gewisse, allgemein feststehende (abstrakte) Umstände bestimmtes Maß von Sorgfalt verlangt. Ihre Vernachlässigung heißt culpa in abstracto. Bisweilen bestimmt das Gesetz aber die erforderliche Sorgfalt nicht nach solchen objektiven Umständen, sondern nach den bei einem Handelnden vorliegenden besonderen Verhältnissen; die Vernachlässigung dieser nach dem einzelnen Falle („konkret") bemessenen Sorgfalt wird als culpa in concreto bezeichnet.

α. Culpa in abstracto.

Culpa in abstracto oder Fahrlässigkeit schlechthin ist die Außerachtlassung der nach den Grundsätzen eines verständigen Verkehrs erforderlichen Sorgfalt (BGB. § 276 Satz 2). Erforderlich aber ist grundsätzlich die Bethätigung einer Sorgfalt und Voraussicht, wie sie ordentliche, „normale" Menschen in Rechtsverhältnissen der in Frage stehenden Art anwenden sollten („quam debent homines frugi et diligentes praestare"; Alfenus Varus in l. 12 D. 18, 6). Von jedem kann also mindestens verlangt werden die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters (eines „diligens pater familias", zB. l. 54 pr. D. 19, 1), im Handelsverkehr die vielfach besonders gestaltete[3]) Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (HGB. §§ 347, 384, 408, früher Art. 282, 361, 380, vgl. Art. 343), im Transportverkehr die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers oder Schiffers (HGB. §§ 429, 511, früher Art. 397,

[3]) Ein Bankier muß zB. wissen, ob ein bestimmtes Wertpapier ausgelost ist, ein Amtsrichter nicht; vgl. auch zB. HGB. § 367, wonach der gute Glaube eines Kaufmanns, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, ausgeschlossen ist, wenn er ein gestohlenes oder verlorenes Inhaberpapier erwirbt, dessen Verlust im letzten Jahr im Reichsanzeiger bekannt gemacht ist.

Digitized by Google

399, 478, Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 § 7) usw.

Dieses Normalmaß von Sorgfalt wird aber nicht in allen Fällen erfordert. Bisweilen wird nur ein geringeres Maß von Sorgfalt und Vorsicht verlangt und als den Handelnden verantwortlich machende Fahrlässigkeit nur eine gröbliche Nachlässigkeit und Unachtsamkeit anerkannt. Dann sprechen die Quellen von culpa lata (latus = weitgehend; vgl. l. 213 § 2 D. 50, 16: Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt), neuere Gesetze von „grober Fahrlässigkeit" (zB. BGB. § 277). Ihr gegenüber heißt die Vernachlässigung der im Verkehr regelmäßig erforderlichen Sorgfalt „culpa levis", „geringes Versehen". So zerfällt also die culpa in abstracto in zwei Arten: culpa lata und levis[4]).

---

[4]) Im 18. Jahrhundert unterschied man im Anschluß an die mitunter eintretende Haftung für custodia (S. 115) und die in l. 1 § 4 D. 44, 7, l. 72 D. 17, 2 erwähnte exactissima diligentia drei Grade von Fahrlässigkeit: culpa lata, levis und levissima. Dies ist in das ALR. übergegangen; vgl. I, 3 §§ 18, 20, 22: „Ein Versehen, welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten, ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit, vermieden werden konnte, heißt ein grobes Versehen". „Ein mäßiges Versehen heißt dasjenige, welches bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit vermieden werden konnte." „Ein geringes Versehen ist dasjenige, welches nur bei vorzüglichen Fähigkeiten, oder bei einer besonderen Kenntnis der Sache oder des Geschäftes, oder durch eine ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte." Im neueren Gemeinen Recht (seit Hasse, die Kulpa des röm. Rechts 1815) und im BGB. ist diese Dreiteilung wieder durch die einfachere Zweiteilung in grobes und geringes Versehen oder nach der Sprechweise des BGB. in „grobe Fahrlässigkeit" und „Fahrlässigkeit" schlechthin ersetzt.

Ebensowenig ist der in einzelnen Reichsgesetzen verwendete Begriff „bösliche Handlungsweise" in das BGB. (wohl aber in das neue HGB.) aufgenommen worden. Hierunter ist eine dem dolus eventualis sich nähernde (S. 111), ganz besonders unverzeihliche Art grober Fahrlässigkeit zu verstehen, nämlich ein Handeln aus frevelhaftem Mutwillen (luxuria, lascivia, lusus perniciosus, in der PGO. Geilheit genannt), wobei der Handelnde nicht gerade in dem Bewußtsein handelt, daß ein gewisser Erfolg eintreten werde (Vorsatz), aber sich bewußt ist, daß er eintreten könne. Diese Abart der culpa lata wird zB. verwendet im HGB. § 202 (altes HGB.

Digitized by Google

Hat jemand fremde Sachen inne, so hat er sie, soweit die diligentia boni patris familias dies erfordert, zu verwahren. Diese Pflicht zur custodia ist danach nur ein Anwendungsfall der im Verkehr allgemein erforderlichen Sorgfalt. Das römische Recht hat aber in einzelnen Fällen noch eine besondere Verpflichtung zur custodia ausgebildet, nämlich einmal, wenn die Behütung durch einen selbständigen Vertrag (mandatum custodiae l. 1 § 12 D. 16, 3, locatio conductio custodiae l. 40 D. 19, 2) oder neben einem Hauptvertrage (zB. neben Kauf, § 3 J. 3, 23) übernommen ist, und ferner kraft Gesetzes (so besonders für die nautae, caupones, stabularii und den Übernehmer einer locatio conductio operis, l. 5 D. 4, 9). In diesen Fällen ist der Schuldner zur Bewachung selbst dann verpflichtet, wenn sie nach der Verkehrssitte nicht erforderlich ist. Kommt

---

Art. 213a: bösliche Schädigung der Aktiengesellschaft durch Sacheinlagen und Übernahmen bei der Gründung); § 269 (Haftung der Aktionäre, denen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, für die durch eine unbegründete Regreßklage dem beklagten Gründer, Emittenten, Vorstand oder Aufsichtsrat entstehenden Schaden); § 273 (altes HGB. Art. 190b, 222, 222a: bösliche Handlungsweise des einen Generalversammlungsbeschluß anfechtenden Aktionärs). Die im alten HGB. Art. 396 ausgesprochene Haftung des Frachtführers, dem eine bösliche Handlungsweise nachgewiesen wird, auf Ersatz des vollen Schadens, nicht, wie sonst, nur des gemeinen Handelswerts, ist in das neue HGB. nicht übergegangen. Vielmehr haftet nach § 430 der Frachtführer bei Vorsatz und jeder groben Fahrlässigkeit auf vollen Schadensersatz. Damit ist das Frachtrecht des HGB. in Übereinstimmung gesetzt mit dem Eisenbahnfrachtrecht; vgl. § 44 des Berner internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 zwischen Deutschland, Belgien, Luxemburg, Frankreich, Italien, Österreich-Ungarn, Rußland, der Schweiz und den Niederlanden und § 88 der Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. November 1892.

Außerhalb des HGB. ist der Begriff der böslichen Handlungsweise noch verwendet zB. im RG. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 § 61 und ferner im Reichsbörsengesetze vom 22. Juni 1896 § 43 (Haftung der „Emissionshäuser" für die auf böslichem Verschweigen oder böslicher Unterlassung einer ausreichenden Prüfung beruhende Unvollständigkeit eines Prospekts, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind).

Digitized by Google

er dieser vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht nicht nach, so hat er alle durch eine regelrechte Bewachung vermeidlich gewesenen Folgen (zB. Sachbeschädigung, Entwendung durch einen Fremden) als verschuldete zu vertreten. Daraus haben Manche abgeleitet, daß die Haftung für custodia eine besondere Art der Verantwortlichkeit (Haftung auch für Zufall bis zur höheren Gewalt) darstellt.

Das BGB. stellt die Verletzung einer custodia nicht als besondere Abart der Fahrlässigkeit auf. Ob die Nichtbewahrung als Fahrlässigkeit aufzufassen ist, ist nach Maßgabe des betreffenden Schuldverhältnisses zu beurteilen. Besondere Vorschriften bestimmen das Maß der Haftung des Verwahrers (§§ 688 ff.) und des Gastwirts (§§ 701 ff.).

β. Culpa in concreto.

Seit Hadrian ließ das römische Recht in einzelnen Fällen den wegen culpa levis verantwortlichen Schuldner dann von der Haftung frei, wenn er nachweisen konnte, daß er die in dem zu entscheidenden Fall ihm vorgeworfene Sorglosigkeit bei seinen eigenen gleichartigen Geschäften ebenfalls beobachte. In diesen Fällen legte man also nicht den allgemein gültigen Maßstab des diligens pater familias an, sondern man ließ den Schuldner nur haften für „diligentia quam suis“ (sc. rebus adhibere solet, § 9 J. 3, 25). Die Vernachlässigung dieser nach der Person des beteiligten Schuldners sich bestimmenden diligentia quam suis wird heute als „culpa in concreto“ bezeichnet. Das BGB., das die diligentia quam suis ebenfalls in einzelnen Fällen anwendet, spricht (§ 277) von „Einstehen für diejenige Sorgfalt, die jemand in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Die Haftung für culpa in concreto stellt eine Begünstigung des ohnedies für jede culpa levis haftbaren Schuldners dar. Der Gläubiger kann also nicht eine Haftung des Schuldners über das Normalmaß, über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daraus herleiten, daß der Schuldner in eigenen Angelegenheiten ungewöhnlich sorgsam ist. Andererseits ist der nur für culpa in concreto haftende

Digitized by Google

Schuldner von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit selbst dann nicht befreit, wenn er seine eigenen Angelegenheiten ebenso leichtfertig besorgt (so ausdrücklich BGB. § 277). Die culpa in concreto steht hiernach zwischen culpa levis und culpa lata.

c. Zufall (casus).

1. Zufall ist ein Umstand, der ohne unterlaufenden Willensfehler des Schuldners eintritt, also von ihm nicht verschuldet ist; d. h. ein Geschehnis, das vom Schuldner weder vorhergesehen ist (Vorsatz), noch vorhergesehen werden mußte (Fahrlässigkeit).[5]) Der Zufall kann in einem äußeren Ereignisse (Sturm, Blitzschlag, Überschwemmung), einem unwillkürlichen Verhalten des Schuldners oder einem — willkürlichen oder unwillkürlichen — Verhalten eines Anderen bestehen.[6])

2. Schon in den Quellen und ebenso auch in den neueren Gesetzen werden von den unter den Begriff des Zufalls gehörenden Umständen gewisse Geschehnisse ausgesondert und einem besonderen Begriffe „höhere Gewalt" (vis major, θεοῦ βία, damnum fatale, franz. force majeure) unterstellt. Die praktische Bedeutung dieser Aussonderung liegt darin, daß in einzelnen der Fälle, in denen der Schuldner Zufall zu vertreten hat, diese Vertretung sich auf vis major nicht erstreckt.

Die Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt und ihres Unterscheidungsmerkmals vom gewöhnlichen Zufall ist durch Gesetz noch nie versucht worden[7]) und gehört

---

[5]) Vgl. ALR. I, 6 § 4: „Ein Schade, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorausgesehen werden konnte, wird im rechtlichen Sinne zufällig genannt."

[6]) Damit nicht zu verwechseln ist die erst unten (S. 124) zu besprechende Frage, ob der Schuldner derartige Umstände, trotzdem sie ohne sein Verschulden sich ereignet haben, zu vertreten hat.

[7]) Die römischen Quellen zählen nur einzelne Beispiele auf (vgl. l. 18 pr. D. 13, 6: casus, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae servorum; l. 1 § 4 D. 44, 7: major casus, cui humana in-

Digitized by Google

seit der Glossatorenzeit zu den berühmtesten Streitfragen der Rechtswissenschaft. Zwei Ansichten standen sich von jeher gegenüber und werden auch heute noch vertreten:

α. Nach der einen Meinung ist der Kreis der zur vis major gehörenden Ereignisse ein für allemal bestimmt (sog. objektive oder absolute Theorie). Es werden dahin gerechnet: Naturereignisse und unüberwindliches Eingreifen eines Anderen. Exner, der diese Theorie neu begründet hat, hat noch ein weiteres Unterscheidungsmerkmal aufgestellt. Nach ihm liegt höhere Gewalt vor, wenn

1) das Ereignis nicht im Betriebskreise der verantwortlich zu machenden Person entstand, sondern von außen her störend in diesen Betrieb eingriff, und dieses Ereignis

2) vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Gefahren augenscheinlich übersteigt. Danach wäre zB. eine Kesselexplosion nie eine den Frachtführer befreiende höhere Gewalt.

β. Nach der herrschenden Ansicht (Goldschmidt, Windscheid, Dernburg, Reichsgericht, zB. ERG. 21, 16) lassen sich die als vis major aufzufassenden Ereignisse nicht einheitlich, sondern nur nach Maßgabe der im einzelnen Falle vorliegenden Verhältnisse feststellen. Zur vis major rechnet diese (sog. subjektive oder relative) Theorie solche Umstände, deren schädigende Wirkung bei den gegebenen

---

firmitas resistere non potest, veluti incendium, ruina, naufragium). CPO. § 233 (früher § 211) und StPO. § 44 sprechen bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von „Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen", durch welche eine Partei an der Einhaltung einer (Not-) Frist gehindert worden ist. Das BGB. verwendet den Ausdruck höhere Gewalt in den §§ 203 (Hemmung der Verjährung), 701 (Haftung des Gastwirts), 1996 (Hinderung der Erben an der rechtzeitigen Errichtung des Inventars); vgl. unten S. 136. Der Begriff selbst ist im BGB. nicht bestimmt und es ist sogar schon streitig, ob dieser Begriff für alle diese Fälle einheitlich ist. Nach Endemann zB. handelt es sich in § 203 um unabwendbare äußere Zufälle (objektive Theorie), in § 701 um Verluste und Beschädigungen, die sich trotz zweckentsprechender, dem Geschäftsbetrieb angepaßter Sorgfalt nicht vermeiden ließen (subjektive Theorie).

Digitized by Google

Verhältnissen trotz äußerster Vorsicht vom Schuldner nicht haben abgewendet werden können.[8])

§ 81. Umfang der Vertretungspflicht des Schuldners.

a. Rechtsgeschäftliche Begrenzung der Vertretungspflicht.

Die bei einem Schuldverhältnisse Beteiligten können grundsätzlich die von dem Schuldner zu vertretenden Umstände durch Rechtsgeschäft (Vertrag, letztwillige Verfügung) abweichend von den gesetzlichen Vorschriften bestimmen, also die gesetzliche Haftung erweitern oder verengern; das Gesetz hat daher hinsichtlich des Umfangs der Vertretungspflicht des Schuldners nur suppletorische Bedeutung.

Diese den Beteiligten eingeräumte Vertragsfreiheit hat nur die eine Schranke, daß die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im voraus[1]) erlassen werden kann. Ein „pactum ne dolus praestetur" ist sowohl nach Gemeinem Recht (vgl. die S. 121[4] wiedergegebene Aus-

---

[8]) In neuerer Zeit ist der Begriff der höheren Gewalt vor allem gelegentlich der Rechtsprechung über (altes) HGB. Art. 395 (Haftung des Frachtführers bis zur höheren Gewalt) und über § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (III, 294) zur Erörterung gelangt. Hierbei hat das Reichsgericht den Grundsatz festgehalten, daß Unfälle, die lediglich in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einer von dem verantwortlich gemachten Unternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage ihren Grund haben, als den Unternehmer entlastende höhere Gewalt nicht anzusehen sind. Vgl. von reichsgerichtlichen Entscheidungen u. a. ERG. 1, 253 (Verletzung durch Gegenstände, die von einem Bahnbeamten im Betriebsinteresse aus dem fahrenden Zuge geworfen sind, keine höhere Gewalt); 11, 146 (Erblindung eines Bahnbeamten in Folge Hineinfliegens von Kohlenstaub einer vorüberfahrenden Lokomotive in das Auge, keine höhere Gewalt); 21, 13 (Hineinlaufen eines dreijährigen Kindes in einen Straßenbahnwagen als höhere Gewalt aufgefaßt, also hier keine Haftpflicht der Bahn).

[1]) Es kann also zB. die Haftung wegen vorsätzlich falscher Auskunft nicht dadurch abgelehnt werden, daß die Klausel „ohne Obligo" zugefügt wird; vgl. III, 400[2]. Dagegen kann nachträglich die Haftung aus vorsätzlicher Beschädigung erlassen oder rechtsgeschäftlich begrenzt werden; vgl. III, 407.

Digitized by Google

führung Ulpians in l. 23 D. 50, 17: excepto eo quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur), wie nach preußischem Recht (ALR. I, 5 § 283, I, 20 § 241) und nach BGB. § 276 Abs. 2 als unsittlich nichtig. Dagegen hat das BGB. den im Gemeinen Recht (von der herrschenden Meinung[2]) und im ALR. I, 3 § 19 anerkannten Satz nicht aufgenommen, daß culpa lata dem dolus gleichstehen, ein Erlaß der Haftung wegen culpa lata daher ebenfalls nichtig sein soll. Ferner kann dem Schuldner, der nach BGB. § 278 ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Maße zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden (S. 128[3]), die Haftung für Vorsatz dieser Personen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 278 Satz 2 im voraus erlassen werden.[3])

Nach dem Vorstehenden kann durch Rechtsgeschäft insbesondere bestimmt werden, daß der kraft Gesetzes nur für einen gewissen Grad des Verschuldens haftende Schuldner unbeschränkt für den Erfolg einstehen solle. Bei Übernahme einer solchen Garantie haftet er also selbst für eine in Folge höherer Gewalt eintretende Unmöglichkeit der Leistung. In einem solchen Falle gilt eine nachfolgende Unmöglichkeit

---

[2]) Unstreitig steht culpa lata dem dolus gleich, soweit es sich um bestehende Vertragsverhältnisse handelt. Streitig ist jedoch, ob die Gleichstellung sich auch auf außerkontraktliche Verhältnisse bezieht. Die Verteidiger dieser Ansicht (Mommsen, Dernburg, Windscheid) verweisen auf die allgemeinen Aussprüche in l. 226 D. 50, 16 (magna culpa dolus est), l. 1 § 1 D. 11, 6 (lata culpa plane dole comparabitur), l. 29 pr. D. 17, 1 (dissoluta enim neglegentia prope dolum est). Für die Beschränkung auf Vertragsverhältnisse: Ihering, Pernice, Burkhardt, Reichsgericht (ERG. 21, 165). Bei Privatstrafklagen (zB. der actio furti) ist die Gleichstellung von dolus und culpa lata ausgeschlossen, ebenso natürlich auch für das Strafrecht.

[3]) Über sonstige Unzulässigkeit vertragsmäßiger Herabminderung der gesetzlichen Haftung vgl. HGB. § 471 (früher Art. 423: Ausschluß oder Minderung der gesetzlichen Haftpflicht der Eisenbahnen durch die Eisenbahnverkehrsordnung oder besondere Vereinbarung unzulässig, vgl. III, 294); Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juli 1871 § 5 (keine vertragsmäßige Herabminderung der den Betriebsunternehmern auferlegten Haftpflicht).

Digitized by Google

also stets als in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands eingetreten (BGB. § 280, oben S. 108) und der Schuldner ist daher stets schadensersatzpflichtig. Die Garantieabrede kann Gegenstand eines besonderen Rechtsgeschäfts sein, die Haftung bis zum Erfolge kann aber auch ohne Weiteres aus der Natur des Schuldverhältnisses folgen. Insbesondere liegt in der vertragsmäßigen Übernahme einer Leistung durch den Schuldner die Zusicherung, daß er zur Bewirkung der Leistung im Stande ist. Daher wird der Schuldner durch ein von vornherein vorhandenes Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) nicht befreit. Hinsichtlich des nachträglich eintretenden Leistungsunvermögens kommen besondere Grundsätze (Unterscheidung zwischen Spezies- und Genusleistung, S. 13, Tragen der Gefahr, oben S. 17 und unten S. 213) zur Anwendung.

b. Gesetzlicher Umfang der Vertretungspflicht.

Mangels einer gültigen rechtsgeschäftlichen Bestimmung wird der Kreis der vom Schuldner zu vertretenden Umstände durch das Gesetz geregelt.

1. Gemeines Recht.

α. Grundsatz.

Der das Gemeine Recht beherrschende Grundsatz[4]) ist: Der Schuldner haftet für dolus und jede culpa (lata wie

[4]) Vgl. die Übersicht in l. 23 D. 50, 17: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt. quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei judicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Digitized by Google

levis); nur wenn jemand eine Verpflichtung im ausschließlichen Interesse des Gläubigers eingeht, haftet er diesem nur für dolus und culpa lata; vgl. l. 108 § 12 D. de leg. I (30): in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. Hiernach haften zB. für jede culpa: Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, der Hinterleger (Deponent), Entleiher (Kommodatar), Pfandgläubiger; dagegen haftet nur für culpa lata: der Verwahrer (Depositar), Schenker, Verleiher (Kommodant).

β. Ausnahmen.

Diese Regel wird aber durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen.

1) Verminderte Haftung.

a. In einzelnen Fällen haftet der Schuldner nur für dolus und culpa lata, trotzdem auch er selbst Vorteile aus dem Schuldverhältnisse bezieht; so der Prekarist (dem eine Sache auf beliebigen Widerruf, „precario", geliehen wird, also ohne daß der Verleiher die Verpflichtung übernimmt, sie ihm für eine gewisse Zeit zu überlassen; l. 8 § 3 D. 43, 26) und der Feldmesser (agrimensor, l. 1 § 1 D. 11, 6), selbst wenn er bezahlt wird. Die verminderte Haftung erklärt sich daraus, daß dem Gläubiger gegen Prekaristen und Feldmesser anfänglich keine Kontraktsklage, sondern nur eine Deliktsklage (wegen dolus) zustand.

b. In einigen Fällen tritt eine Erleichterung der Haftung des Schuldners insofern ein, als er, trotzdem er Vorteile aus dem Schuldverhältnisse genießt, nicht für jede culpa levis, sondern nur für culpa in concreto haftet. Solche diligentia quam suis haben nach Gemeinem Recht zu vertreten: der Gesellschafter[5]) und zufällige Gemein-

[5]) Vgl. l. 72 D. pro socio 17, 2: „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet."

Digitized by Google

schafter (zB. jeder Miterbe, l. 25 § 16 D. 10, 2), der Ehemann bei Verwaltung des Frauenguts (l. 17 pr. D. 23, 3) und der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens (l. 1 pr. D. 27, 3).

2) Erweiterte Haftung.

Die Fälle, in denen eine strengere als die regelmäßige Haftung stattfindet, lassen sich unter drei Gruppen bringen. Teils hat der Schuldner culpa levis zu vertreten, trotzdem er keinen Vorteil aus dem Schuldverhältnis hat (unten a.). Teils haftet er über (eigenes) Verschulden hinaus, sei es für fremde Schuld (unten b.), sei es für Zufälle, und zwar entweder nur für solche unverschuldete Ereignisse, die sich nicht als höhere Gewalt darstellen (unten c.), oder für Zufälle aller Art (Tragung der Gefahr, unten d.).

a. Haftung für culpa levis trotz mangelnden Vorteils.

Der Mandatar hat culpa levis zu vertreten, trotzdem er — bei der begrifflichen Unentgeltlichkeit des Mandats nach rR. — keinen Vorteil aus dem Geschäft hat (l. 11, 13 C. 4, 35), ebenso auch der negotiorum gestor; dieser haftet, wenn er ungewöhnliche Geschäfte ohne Auftrag oder Geschäfte trotz Verbots unternimmt, sogar für casus (l. 10 D. 3, 5), andererseits, wenn die Geschäftsführung zur Abwendung von Schaden unternommen wird, nur für dolus und culpa lata (l. 3 § 9 D. 3, 5). Endlich hat jede Fahrlässigkeit zu vertreten, wer sich zu einem Geschäfte drängt (vgl. l. 1 § 35 D. 16, 3).

b. Haftung für fremde Schuld.

Die grundsätzliche Haftung des Schuldners umfaßt nur die Vertretung eigenen Vorsatzes und eigener Fahrlässigkeit. Streitig ist nun für das Gemeine Recht die Frage, ob der Schuldner, sofern er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit der Hülfe anderer Personen bedient, auch für deren Verschulden haftet. Die herrschende Meinung unterscheidet, ob der Schuldner sich der Hülfspersonen

Digitized by Google

zu bedienen befugt ist oder nicht. Darf er Hülfspersonen nicht heranziehen, muß er also die Erfüllung persönlich bewirken, so liegt in der Zuziehung von Hülfspersonen ein Verschulden, und der Schuldner haftet daher für ein Verschulden dieser als für einen casus mixtus (S. 125). Geschieht dagegen die Übertragung der Bewirkung der Leistung an Andere berechtigter Weise, so haftet der Schuldner für das Verschulden der Hülfspersonen nur dann, wenn ihn bei deren Auswahl oder Beaufsichtigung ein Verschulden (culpa in eligendo oder in custodiendo) trifft. Nur der Werkmeister (conductor operis) wird auf Grund der l. 25 § 7 D. 19, 2 für den von seinen Gehülfen verschuldeten Schaden stets haftbar gemacht [6]). Über die besondere Haftung der nautae, caupones, stabularii für ihre Leute vgl. unter c., über die Haftung für unerlaubte Handlungen Anderer II, 496[10].

c. Haftung bis zur höheren Gewalt.

Bis zur höheren Gewalt haften nach rR. nautae, caupones, stabularii („hoc genus hominum", l. 3 § 1 D. 4, 9) für die ihnen zur Beförderung übergebenen und bei ihnen eingebrachten oder eingestellten Sachen. Das Nähere ist unten bei der Lehre von der „Einbringung von Sachen bei Gastwirten" (BGB. §§ 701—704) darzustellen.

b. Haftung für jeden Zufall (Tragung der Gefahr).

Wie oben S. 56 dargestellt, wird für einen zufälligen Erfolg stets gehaftet, wenn sein Eintritt durch einen zu vertretenden Umstand, insbesondere also eine schuldhafte

---

[6]) „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit."

In ERG. 33, 169 ist dies auf alle Verträge ausgedehnt, durch die jemand die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges übernommen hat. Es zeigt sich hierin der schon II, 496[10] angedeutete Zug der neueren Rechtsentwickelung nach unbeschränkter Haftbarmachung des Geschäftsherrn für seine Leute.

Digitized by Google

Handlung (wozu auch der Verzug gehört, S. 144, 152) erst ermöglicht worden ist (casus mixtus). Hier fragt es sich weiter, unter welchen Voraussetzungen für reinen Zufall (casus merus), d. h. einen ohne Zusammenhang mit einem zu vertretenden Umstand eintretenden Zufall gehaftet wird; mit anderen Worten, ob die rein zufällig eintretende Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner oder den Gläubiger trifft. Grundsätzlich wird, wie S. 17 dargelegt, der Schuldner durch nachträgliche, zufällige Erfüllungsunmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit, soweit es sich um Speziessachen handelt (casus a nullo praestantur, species perit ei cui debetur), dagegen nicht befreit, soweit es sich um Gattungssachen handelt (genus perire non censetur). In ersterem Falle (zB. bei der Schenkung, der Leihe, der Verwahrung einer species) trägt also der Gläubiger, im letzteren (besonders bei einer Verpflichtung zur Zahlung) der Schuldner „die Gefahr" (S. 17). Hierbei gilt der wichtige Grundsatz: „commodum ejus esse debet, cujus periculum est" (§ 3 J. 3, 23), d. h. so lange jemand die Gefahr trägt, hat er Anspruch auf die dem Gegenstand anwachsenden Vorteile (Früchte, Zinsen, Tierjunge, sog. accessorisches Kommodum). Erlangt ferner der Schuldner in Folge des Umstands, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen (sog. stellvertretendes Kommodum, vgl. BGB. § 281, oben S. 109).

Auf die gegenseitigen Leistungsverträge (Kauf, Miete, Dienstvertrag) angewendet, kann die Regel, daß der Schuldner für die die geschuldete Spezies treffenden Zufälle nicht haftet, entweder nur die beschränkte Bedeutung haben, daß er von seiner Leistung, aber auch der Gegner von der Gegenleistung frei wird, oder die weitere, daß der Gläubiger, trotzdem er die geschuldete Leistung nicht erhält, seine Gegenleistung bewirken muß. Das römische Recht unterschied hier zwischen Kauf und Miete. Beim

Digitized by Google

Kaufe trägt der Käufer die Gefahr (periculum est emtoris), bei der Miete der Vermieter (periculum est locatoris), d. h. der Käufer muß, wenn die Kaufsache nach geschlossenem Verkauf untergeht, dennoch den Kaufpreis zahlen, während der Mieter die Miete nur solange zu zahlen braucht, als ihm der Vermieter den Gebrauch der Mietssache (und bei Dienstmiete seine Dienste) zu leisten im Stande ist (vgl. oben S. 17[7]). Das Nähere ist unten bei den gegenseitigen Verträgen und den einzelnen Verträgen darzustellen; vgl. auch die Übersicht S. 132.

2. Reichsrecht[7]).

α. Grundsatz.

Das BGB. wird von den Grundsätzen beherrscht: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist

[7]) Haftung des Schuldners nach ALR.

a. Grundsatz.

Das ALR., das nicht wie das Gemeine Recht nur 3, sondern 4 Abstufungen des Verschuldens (Vorsatz, grobes, mäßiges, geringes Versehen, S. 114[4]) kennt, wird von der Regel beherrscht: Wenn aus einem Schuldverhältnisse beide Teile Vorteil haben, so wird beiderseits bis zum mäßigen Versehen (also für Vorsatz, grobes und mäßiges Versehen) gehaftet. Hat nur eine Partei daraus Vorteil, so haftet diese auch für geringes, die Gegenpartei dagegen nur für grobes Versehen (ALR. I, 5 §§ 277 ff.). Es wird also zB. vertreten:

mäßiges Versehen: bei Kauf (I, 11 § 104), Miete (I, 21 § 278), Verpfändung (I, 20 §§ 142, 170, 184), beim Tröbelvertrag (I, 11 §§ 516, 518), bei den gewagten Verträgen (I, 11 § 542), bei den Verträgen über Handlungen (I, 11 §§ 879, 913 ff.) von beiden Parteien; bei der entgeltlichen Verwahrung (I, 14 § 17) und Leihe (I, 21 § 249) seitens des Verwahrers und Entleihers;

nur grobes Versehen: vom unentgeltlichen Verwahrer (I, 14 § 12), vom Verleiher (I, 21 § 257), vom Geschenkgeber (I, 11 § 1078, I, 7 § 219);

selbst geringes Versehen: vom unentgeltlichen Entleiher (I, 21 § 248).

b. Ausnahmen.

1. Gesteigerte Haftung tritt ein:

α. beim Aufdrängen einer Thätigkeit, so zB. bis zum geringen Versehen bei der Erbschaftsverwaltung (I, 9 § 457) und

Digitized by Google

(nämlich durch Rechtsgeschäft oder Gesetz), Vorsatz und (jede) Fahrlässigkeit zu vertreten" (§ 276). Diese Regel wird ergänzt durch den Satz: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden" (§ 278)[8]).

---

der auftraglosen Geschäftsführung (I, 13 § 245), bis zum mäßigen Versehen bei der unentgeltlichen Verwahrung (I, 14 § 18);

β. in Vertrauensverhältnissen, so z.B. bis zum mäßigen Versehen bei unentgeltlichem, bis zum geringen Versehen beim entgeltlichen Auftrag an einen Kunst- oder Sachverständigen (I, 13 §§ 57, 58), bis zur höheren Gewalt beim Gastaufnahmevertrag (II, 8 § 447).

2. Verminderte Haftung (nur für diligentia quam suis) tritt ein:

beim unentgeltlichen, nicht von einem Sachverständigen übernommenen Auftrag (I, 13 § 55), bei der Verwaltung (I, 14 § 109), insbesondere auch der Frauenkapitalien seitens des Ehemanns (II, 1 § 555), bei der Gesellschaft (I, 17 § 211).

Eine Zusammenstellung des Vertretungsumfangs nach Gemeinem, Preußischem und Reichsrecht findet sich S. 132 ff.

[8]) Mit diesem Satze ist die S. 123 dargestellte neuere Entwickelung zum gesetzlichen Abschlusse gelangt. Schon bisher war der Grundsatz der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden der zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zugezogenen Personen (nicht etwa auch für deren bei dieser Gelegenheit begangene unerlaubte Handlungen, s. u.) in verschiedenen Reichsgesetzen zur Durchführung gelangt, vgl. hierüber II, 496[10].

Anwendungen des § 278 finden sich u. a. in den §§ 254 (Kulpakompensation), 351 (Rücktritt vom Vertrage). Besonders geartet ist die Haftung des Beauftragten (§ 664) und des ihm gleichgestellten geschäftsführenden Gesellschafters (§ 713) sowie des Verwahrers (§ 691). Hierbei ist zu unterscheiden, ob nach Maßgabe des Vertrages der Beauftragte sich zur Ausführung des Auftrages einen Substituten bestellen und der Verwahrer die Sache bei einem Dritten hinterlegen darf oder nicht. Für letzteres spricht eine gesetzliche Vermutung und in diesem Falle haftet der Beauftragte und Verwahrer schon nach allgemeinen Grundsätzen (S. 124) für den unerlaubt, daher schuldhaft Substituierten. Ist dagegen die Substitution gestattet, so haftet der Beauftragte und Verwahrer nur für culpa in eligendo. Auf einen Vertreter kommt also der Grundsatz des § 278 nicht zur Anwendung. Handelt es sich dagegen nur um Gehülfen, die neben dem Beauftragten oder Verwahrer handeln, nicht um Substituten, die an seine Stelle treten, so ist § 278 stets anwendbar.

Digitized by Google

Die vom Schuldner regelmäßig zu vertretende Fahrlässigkeit (jeden Grades, S. 127) kann insbesondere auch in einem auf Fahrlässigkeit beruhenden Nichtwissen oder Nichtkennen eines Umstands bestehen. In solchen Fällen spricht das BGB. meist (vgl. aber zB. §§ 68, 1980) von Kennen und Kennenmüssen (vgl. zB. §§ 142, 173, 179 Abs. 3, 254 Abs. 2, 307, 405, 674, 694, 764, 824, 1346, 1424).

---

§ 278 setzt das Bestehen einer Verbindlichkeit voraus, zu deren Erfüllung der Schuldner sich eines Anderen bedient. Für diesen Fall wird der Grundsatz aufgestellt: schuldhafte Erfüllung der Hülfsperson wird vom Schuldner wie eigene schuldhafte Erfüllung vertreten. Wenn ich also den Gärtner A. beauftrage, meine Rosen durch sachgemäße Einpackung vor dem Erfrieren zu schützen, so haftet mir A. für alle in Folge unsachgemäßer Einpackung erfrorene Stücke, auch wenn er die Einpackung durch seinen Gehülfen B. bewirkt hat. Er kann sich weder darauf berufen, daß ich mit der Zuziehung des Gehülfen B. einverstanden gewesen bin, noch darauf, daß B. seit Jahren bei ihm beschäftigt gewesen sei und daß er stets sachgemäß eingepackt habe, also eine culpa in eligendo nicht vorliege.

§ 278 bezieht sich aber nur auf die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners dienenden Handlungen des Gehülfen, nicht auf die von diesem in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung dem Gläubiger oder einem Dritten zugefügten widerrechtlichen Handlungen. Hierüber bestimmt nicht § 278, sondern § 831 BGB. Nun wiederholt freilich § 831 Satz 1 den in § 278 ausgedrückten Gedanken: „Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt." In Wahrheit ist aber in § 831 der entgegengesetzte Gedanke ausgedrückt, daß der Geschäftsherr nur für Beachtung der diligentia in eligendo und custodiendo haftet, allerdings mit der Maßgabe, daß er die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen hat. § 831 fährt nämlich fort: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde." Wenn ich also A. beauftrage, eine Gaskrone bei mir anzubringen und er dies durch seinen Gesellen B. bewirkt, so haftet er auf Grund von § 278, wenn die Krone in Folge unsachgemäßen Anschraubens (Erfüllungshandlung) auf den Boden stürzt. A. haftet ferner auf Grund von § 831 Satz 1, wenn B. mit der mitgebrachten Leiter zusammenbricht und

Digitized by Google

β. Ausnahmen.

Wie nach Gemeinem Recht, so finden auch nach Reichsrecht von der Regel, daß jeder Schuldner Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat, Ausnahmen statt, und zwar sowohl in der Richtung einer Verminderung, als in der einer Erweiterung der zu vertretenden Umstände.

1) Verminderte Haftung.

Die Verminderung der Haftung zeigt sich in der Haftung des Schuldners teils nur für culpa lata, teils für culpa in concreto, also (§ 277, oben S. 117) mindestens für culpa lata.

a. Nur für dolus und culpa lata haften:[9])

Der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers (§ 300, S. 152), der Schenker (§ 521), der Verleiher (§ 599), der auftraglose Geschäftsführer bei Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr (§ 680), der Finder (§ 968).

b. Für culpa in concreto (Mangel einer diligentia quam suis) haften:

Der unentgeltliche Verwahrer (§ 690), der Gesellschafter (§ 708, durch den auch die gleiche Vor-

---

dadurch Schaden anrichtet; hier kann er sich aber von der Haftung durch den Nachweis befreien, daß die Leiter nach menschlicher Voraussicht die Last hätte tragen müssen.

In keinem Falle haftet der Geschäftsherr aber für widerrechtliche Handlungen der Hülfsperson, die diese — nicht zur Erfüllung (§ 278), auch nicht in Ausführung einer ihr übertragenen Verrichtung (§ 831), sondern nur bei Gelegenheit einer solchen Ausführung begeht. Entwendet B. also beim Anmachen der Gaskrone eine Uhr, so haftet A. nicht.

[9]) In einigen Fällen ist eine Unkenntnis (Kennenmüssen, S. 128) nur zu vertreten, wenn sie auf grober Fahrlässigkeit beruht; vgl. zB. §§ 460, 523, 524 (Gewährleistung des Käufers und Schenkers), vor allem aber § 932 Abs. 2: „Der Erwerber (einer beweglichen Sache, die nicht dem Veräußerer gehört) ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört."

Digitized by Google

schrift des alten HGB. Art. 94 ersetzt ist), die Ehegatten untereinander (§ 1359), der elterliche Gewalthaber (§§ 1664, 1686, nicht aber der Vormund, § 1883, der vielmehr für jedes Verschulden haftet), der Vorerbe (§ 2131).

Die in den unter a. und b. bezeichneten Schuldverhältnissen eintretende Vertretungsminderung fällt während des Verzugs des Schuldners fort. Der in mora befindliche Schuldner hat vielmehr gemäß § 287 jede Fahrlässigkeit zu vertreten (S. 145).

2) Erweiterte Haftung.

Die Erweiterung der Haftung über die (geringe) Fahrlässigkeit hinaus erstreckt sich, abgesehen von der bereits besprochenen Vertretung fremden Verschuldens, wie im Gemeinen Recht entweder nur bis zur höheren Gewalt oder auf alle Zufälle.

a. Für Zufälle, sofern sie nicht durch höhere Gewalt veranlaßt sind, haftet nach BGB. der Gastwirt (§ 701, vgl. über die Verwendung des Begriffs „höhere Gewalt" in den §§ 203, 1996 oben S. 118[7]); nach dem alten HGB. Art. 395, 607 der Frachtführer und Verfrachter (dagegen haften diese nach dem neuen HGB. §§ 429, 606 und ebenso die Stromfrachtführer nach § 58 des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 15. Juni 1895 nur, soweit die schädigenden Umstände durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers oder Verfrachters abgewendet werden konnten; die Eisenbahn haftet aber nach wie vor bis zur höheren Gewalt, § 456); nach dem Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 1 die Eisenbahnbetriebsunternehmer (III, 294); nach §§ 6, 11 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 die Reichspost hinsichtlich der beförderten Sendungen und Personen.

b. Für jeden Zufall haftet nach BGB.: der Schuldner während er im Verzug ist (§ 287, S. 145) und der Geschäftsführer wider Willen des Geschäftsherrn (§ 678). Im Übrigen kommen die S. 125 dargelegten gemein-

Digitized by Google

rechtlichen Sätze über Tragung der Gefahr auch nach BGB. zur Anwendung, jedoch mit der bedeutsamen Änderung, daß bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung der Anspruch auf die Gegenleistung stets, insbesondere auch beim Kaufe verloren geht (§ 323: also periculum est venditoris, unten S. 214[4]).

c. Beweislast.

1. Wird ein Schuldverhältnis durch einen von jemandem zu vertretenden Umstand (also vor allem durch außerkontraktliches Verschulden, S. 52) erst *begründet*, so beruht der Anspruch des Gläubigers auf diesem Umstande. Der Gläubiger hat daher den letzteren als Teil des Klagegrundes (I, 211) zu beweisen. So verhält es sich vor allem bei den aus unerlaubten Handlungen hervorgegangenen Schuldverhältnissen.

2. Wenn dagegen bei *bestehendem Schuldverhältnisse* der Schuldner von seiner Schuldverpflichtung wegen Erfüllungsunmöglichkeit befreit sein will, so trifft den Schuldner die Beweislast dafür, daß die Unmöglichkeit die Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands ist. Bei bestehendem Schuldverhältnisse muß der Schuldner also „*sich exkulpieren*"; so ausdrücklich BGB. § 282 in Übereinstimmung mit der im Gemeinen und Preußischen Recht herrschenden Meinung[10]). Denn der Anspruch des Klägers stützt sich auf das Bestehen des Schuldverhältnisses, zum Nachweise der Verpflichtung des Schuldners genügt also der Beweis des Entstandenseins des Schuldverhältnisses. Der Beweis der nicht zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit als einer Befreiungsthatsache liegt nach allgemeinen Grundsätzen (I, 211) dem Beklagten ob; vgl. oben S. 109.

---

[10]) Vgl. auch noch die Sondervorschrift für den Kommissionär, HGB. §. 390 (altes HGB. Art. 367).

Digitized by Google

Gesetzlicher Umfang der Vertretungspflicht des Schuldners.

Rechtsverhältnis.[1])	Reichsrecht (Bürgerliches Gesetzbuch).	Gemeines Recht.	Preußisches Recht (Allg. Landrecht).
Kauf (Tausch)	beiderseits Fahrlässigkeit.[2])	beiderseits culpa levis[3])	beiderseits mäßiges Versehen.
Schenkung	**Schenker**: grobe Fahrlässigkeit (§ 521)	**Schenker**: culpa lata	**Geschenkgeber**: grobes Versehen (I, 11 § 1078, I, 7 § 229)
	Geschenknehmer: Fahrlässigkeit.	**Geschenknehmer**: culpa levis	**Geschenknehmer**: geringes Versehen
Miete (Pacht) (locatio conductio rei)	beiderseits Fahrlässigkeit	beiderseits culpa levis	beiderseits mäßiges Versehen; der Mieter haftet für geringes Versehen, wenn er die Sache zu einem anderen Behufe, als wozu sie ihm überlassen worden, anwendet (I, 21 §§ 278, 279)
Leihe	**Verleiher**: grobe Fahrlässigkeit (§ 599)	**Kommodant**: culpa lata	**Verleiher**: grobes Versehen (I, 21 § 257)

[1]) Die Anordnung folgt dem BGB. §§ 433 ff.

[2]) d. h. Vorsatz und jeder Grad von Fahrlässigkeit (S. 127). Wo für Reichsrecht und ALR. nicht eine besondere gesetzliche Vorschrift angegeben ist, bestimmt sich der Vertretungsumfang nach den grundsätzlichen Vorschriften des BGB. § 276 und des ALR. I, 5 §§ 277 ff. (S. 126 und S. 126[7]).

[3]) d. h. Käufer und Verkäufer haften bis einschließlich der culpa levis, also auch für dolus und culpa lata.

Digitized by Google

	Entleiher: Fahrlässigkeit	**Kommodatar**: culpa levis, bei vertragswidrigem Gebrauch auch Zufall, bei Leihe im alleinigen Interesse des Kommodanten nur culpa lata.	**Leiher**: geringes Versehen, bei vertragswidrigem Gebrauch auch Zufall, bei Mitinteresse des Verleihers oder wenn dieser die Anregung zur Leihe gegeben, nur mäßiges Versehen (I, 21 §§ 248, 249)
Dienstvertrag (locatio conductio operarum)	beiderseits Fahrlässigkeit	beiderseits culpa levis	„Verträge über Handlungen"; beiderseits mäßiges Versehen; Handwerker und Künstler vertreten geringes, bei vorgeschriebener und innegehaltener Art der Verrichtung mäßiges Versehen (I, 11 §§ 899, 921, 923).
Werkvertrag (locatio conductio operis)	beiderseits Fahrlässigkeit. Über den Gefahrübergang bestimmt § 644: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich."	beiderseits culpa levis; Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr streitig	beiderseits grundsätzlich nur mäßiges Versehen; der Werkmeister vertritt aber geringes Versehen bei Begehung von Kunstfehlern und bei der ihm überlassenen Auswahl der Materialien. Gefahrübergang wie nach BGB., nur bei Bauten trifft zufälliger Schade vor der Übergabe den Bauherrn (I, 11 §§ 954 ff.)

Digitized by Google

Rechtsverhältnis.	Reichsrecht (Bürgerliches Gesetzbuch).	Gemeines Recht.	Preußisches Recht (Allg. Landrecht).
Auftrag	Auftraggeber und Beauftragter vertreten Fahrlässigkeit	Mandant und Mandatar vertreten culpa levis	**Machtgeber**: geringes Versehen (I, 13 § 80) **Bevollmächtigter**: vertritt bei Entgelt mäßiges, als Kunstverständiger geringes Versehen, bei unentgeltlichem Auftrage diligentia quam suis; falls diese nicht festzustellen oder der Beauftragte Kunstverständiger ist, mäßiges Versehen (I, 13 §§ 54 ff.)
Geschäftsführung ohne Auftrag	**Geschäftsherr**: Fahrlässigkeit **Geschäftsführer**: Fahrlässigkeit; bei Geschäftsführung zur Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden, dringenden Gefahr nur grobe Fahrlässigkeit (§ 680), bei Geschäftsführung wider Willen des Geschäftsherrn jeden Zufall (§ 678)	**dominus rei gestae**: culpa levis **negotiorum gestor**: culpa levis; in Notfällen bei Abwendung von Schaden nur culpa lata, beim Handeln gegen Verbot oder Geschäftsgewohnheit des Geschäftsherrn sogar casus	**Geschäftsherr**: mäßiges Versehen **Geschäftsführer**: bei Geschäftsführung zur Abwendung von Schaden nur grobes, zur Beförderung des Vorteils auch geringes Versehen; bei Geschäftsbesorgung gegen Verbot selbst Zufall (I, 13 §§ 237, 245, 249)

Digitized by Google

Verwahrung	**Hinterleger:** Fahrlässigkeit (§ 694)	**Deponent:** culpa levis	**Niederleger:** geringes Versehen, bei Niederlegung wegen dringender Gefahr (depositum miserabile) mäßiges Versehen (I, 14 §§ 42, 43)
	Verwahrer: gegen Entgelt Fahrlässigkeit; bei unentgeltlicher Verwahrung nur culpa in concreto (§ 690)	**Depositar:** culpa lata; bei Unterschlagung (furtum rei) und widerrechtlichem Gebrauch (furtum usus) casus; wenn die Hinterlegung im Interesse des Depositars lag oder dieser sich aufgedrängt hat, culpa levis	**Verwahrer** (und Verwalter, I, 14 § 109): bei entgeltlicher oder aufgedrungener Verwahrung mäßiges Versehen, bei unentgeltlicher nur culpa in concreto; sofern danach das Maß nicht zu bestimmen, grobes Versehen, ebenso wenn die Hinterlegungsart vom Niederleger bestimmt war; bei eigenmächtiger Abweichung hiervon und unredlicher Inbesitznahme auch Zufall (I, 14 §§ 11 ff.)
Einbringung von Sachen bei Gastwirten	Der Gastwirt vertritt jeden Zufall, sofern er nicht Verschulden des Gastes oder höhere Gewalt nachweist (§ 701, vgl. aber hinsichtlich der Wertsachen § 702)	Ebenso	Ebenso (II, 8 §§ 444 ff.)
Gesellschaft	Jeder socius vertritt culpa in concreto (§ 708, vgl. altes HGB. Art. 94)	Ebenso	Ebenso (I, 17 § 211)

Digitized by Google

Rechts-verhältnis.	Reichsrecht (Bürgerliches Gesetzbuch).	Gemeines Recht.	Preußisches Recht (Allg. Landrecht).
Gemeinschaft	Jeder Teilhaber vertritt Fahrlässigkeit	Jeder Genosse an einer communio incidens vertritt culpa in concreto	Jeder Teilhaber vertritt grobes und mäßiges Versehen (I, 17 § 58)
Ehe	Beide Ehegatten vertreten bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen culpa in concreto (§ 1359);	Der Ehemann vertritt bei Verwaltung des Frauenvermögens culpa in concreto	Der Ehemann vertritt bei der Verwaltung: der eingebrachten Kapitalien culpa in concreto (II, 1 §§ 554, 555), der eingebrachten Mobilien grobes Versehen (II, 1 § 561), der eingebrachten Immobilien mäßiges Versehen (II, 1 § 595, I, 21 § 132)
Elterliche Gewalt	Die Eltern stehen bei Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde nur für culpa in concreto ein (§§ 1664, 1686)	Der Vater vertritt omnis culpa bei der Verwaltung der bona adventicia (streitig ob nur hinsichtlich der bona materna und materni generis)	Der Vater haftet für das von ihm verwaltete Kindesvermögen wie vorstehend der Ehemann (II, 2 § 276)
Vormundschaft	Der Vormund haftet für jede Fahrlässigkeit (§ 1833)	Der Vormund haftet für culpa in concreto	Der Vormund haftet für mäßiges Versehen (II, 18 § 275, vgl. Vormundschaftsordnung v. 5. Juli 1875 § 32)

Digitized by Google

Einsetzung eines Nacherben (Universalfideikommiß)	Der Vorerbe haftet dem Nacherben für culpa in concreto (§ 2131)	Der Fiduziar haftet dem Fideikommissar nach einer Meinung für culpa in concreto, nach der anderen für culpa levis	Der Erbe und Legatar haften dem fideikommissarisch Substituierten für mäßiges Versehen (I, 12 § 466, I, 21 §§ 16 132)

Für diligentia quam suis haften nach:

Bürgerlichem Gesetzbuch	Gemeinem Recht	Allgemeinem Landrecht
der unbezahlte Verwahrer, der Gesellschafter, beide Ehegatten untereinander, die Eltern gegenüber den Kindern, der Vorerbe.	der socius, der Teilhaber einer communio incidens, der Ehemann, der Vormund, der Fiduziar (streitig).	der unbezahlte Beauftragte (falls diese diligentia nicht zu ermitteln, mäßiges Versehen), der unbezahlte Verwahrer und Verwalter (ev. grobes Versehen), der Gesellschafter, der Ehemann bei Verwaltung der eingebrachten Kapitalien, der Vater bei Verwaltung der zum unfreien Kindesvermögen gehörenden Kapitalien.

Digitized by Google

IV. Verzug.

§ 82. Verzug des Schuldners.

a. Begriff und Voraussetzungen.

Verzug[1]) des Schuldners (mora solvendi, „per debitorem stat, quominus praestetur") ist die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruhende Nichtleistung einer fälligen und vom Gläubiger eingeforderten Schuld. Aus dieser Begriffsbestimmung ergeben sich die folgenden Voraussetzungen des Verzuges:

1. Nichtleistung einer fälligen Schuld.

Ist eine Schuld bedingt oder betagt oder hängt sie bei gegenseitigen Verträgen (unten S. 208) von der Vorleistung oder Zug-um-Zugleistung des Gegners ab, so kommt der Schuldner erst in Verzug, wenn die Bedingung oder die Fälligkeitszeit eingetreten ist und wenn der Gläubiger die Gegenleistung bewirkt oder richtig (unten S. 150) anbietet. Ebensowenig kommt der Schuldner in Verzug, solange er der Klage des Gläubigers eine Einrede (zB. Stundung) entgegensetzen kann[2]).

2. Einforderung der Leistung (Mahnung, interpellatio).

α. Das römische wie das moderne Recht wird von dem Grundsatze beherrscht, daß der Schuldner regelmäßig nur durch eine rechtmäßige Mahnung des Gläubigers in

[1]) Der Verzug ist behandelt im Digestentitel 22, 1: De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. Mora bedeutet in den Quellen sowohl Verzögerung der Leistung überhaupt (objektive mora), als auch schuldhafte (oder nach der Sprache des BGB., S. 106[2], vom Schuldner zu vertretende) Säumnis, also Verzug (subjektive mora); vgl. die Gegenüberstellung in l. 24 pr. D. 22, 1.

[2]) L. 40 D. 12, 1 (Lex Lecta I, 136): non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Auch klaglosen Ansprüchen gegenüber ist Verzug undenkbar; l. 88 D. 50, 17: Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; vgl. unten S. 169.

Digitized by Google

Verzug gesetzt wird; l. 32 pr. D. 22, 1: Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.

Mahnung ist eine formlose[3]) einseitige empfangsbedürftige Rechtshandlung des Gläubigers, die daher nur von einem geschäftsfähigen Gläubiger ausgehen und an einen geschäftsfähigen Schuldner gerichtet werden kann. An die Stelle des Gläubigers oder Schuldners kann auch ein berechtigter Vertreter, nicht aber (BGB. § 180, dagegen l. 24 § 2 D. 22, 1) ein Vertreter ohne Vertretungsmacht treten. Die Mahnung ist eine Aufforderung zur Leistung bei Vermeidung der Verzugsfolgen[4]). Sie kann daher erst geschehen, wenn die Möglichkeit des Eintritts dieser Folgen gegeben ist, also nach Fälligkeit der Forderung; vgl. BGB. § 284: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug." Sie ist wirkungslos, wenn sie bedingt ist oder eine andere Leistung als die geschuldete (zB. eine plus

---

[3]) Doch kann die Mahnung gemäß § 132 BGB. (vgl. für das bisherige preußische Recht § 1 AGGVG.) durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers und gegebenen Falls durch öffentliche Zustellung erfolgen.

Im alten HGB. Art. 288 Abs. 2 war ausdrücklich ausgesprochen: „Die Übersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung." In das BGB. ist diese Vorschrift nicht übernommen. Sie ist teils selbstverständlich, teils falsch. Es kommt immer auf die Absicht des Gläubigers bei Übersendung einer Rechnung an. Die erstmalige Übersendung einer unquittierten Rechnung hat freilich regelmäßig nur die Bedeutung einer Mitteilung des geschuldeten Betrages. Bei Vorzeigung einer quittierten Rechnung oder mehrmaliger Zustellung einer Rechnung wird dagegen vielfach die Absicht vorhanden sein, den Schuldner auf zartere Weise als dies durch einen Mahnbrief geschieht, an die Erfüllung seiner Schuld zu erinnern.

[4]) Aus der oben wiedergegebenen l. 32 pr. D. 22, 1 hat man den Schluß gezogen, daß eine nicht „opportuno loco vel tempore" erfolgende Mahnung ungültig sei. Auch hier kommt es aber allein auf die Umstände des einzelnen Falles an. Eine beim Biertisch oder im Ballsaale geschehende Aufforderung zur Leistung einer fälligen Schuld kann sehr wohl die Bedeutung einer Mahnung haben.

Digitized by Google

petitio causa, loco, tempore, re) verlangt[5]). Hängt die Forderung des Gläubigers vom Nachweis einer Legitimation (zB. bei der Forderung aus Orderpapieren) oder von der Präsentation eines Papiers ab, so muß gleichzeitig mit der Mahnung dieser Nachweis dem Schuldner erbracht und es kann die Mahnung nur durch Präsentation bewirkt werden. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung (aber nicht auf bloße Feststellung I, 228[1]) sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich (BGB. § 284 Satz 2).

β. Ausnahmsweise tritt Verzug ohne Mahnung ein (mora ex re fit).

a. Ist der Schuldner nicht zu erlangen[6]), ihm Mahnung oder Klage also nicht zu behändigen, so genügt nach Gemeinem Recht eine vor Gericht, Notar oder Zeugen (testatio, l. 2 D. 22, 2) abgegebene Zahlungsaufforderung seitens des Gläubigers. Das BGB. gibt für solche Fälle in § 132 Abs. 2 die Möglichkeit einer Zustellung nach den Vorschriften der CPO. über öffentliche Ladung (III, 440[5] und CPO. § 200, bisher § 189).

b. Bei Ansprüchen auf Rückgabe einer dem Gläubiger durch eine unerlaubte Handlung entzogenen, gestohlenen, unterschlagenen, abgeschwindelten Sache gilt im Gemeinen Recht verallgemeinert der Grundsatz: „semper moram fur facere videtur“ (l. 8 § 1 D. 13, 1). Der Schuldner gilt also kraft Gesetzes von der Besitznahme an als im Verzuge befindlich („lex interpellat pro homine“). Das BGB. hat einen solchen Satz nicht aufgenommen, sondern bestimmt die Folgen der Besitzentziehung durch eine

[5]) Auch hier hängt aber die Entscheidung vom Thatbestande des einzelnen Falles ab. Eine Zuvielforderung insbesondere ermächtigt den Schuldner regelmäßig nicht zur Zurückhaltung der ganzen Leistung. Hinsichtlich des wirklich Geschuldeten kommt er in Verzug; läßt er es also zur Klage kommen, so treffen ihn hinsichtlich des Teils, in Höhe dessen er verurteilt wird, die Prozeßkosten. Anders, wenn die Mahnung erkennen läßt, daß der Gläubiger eine andere als die geforderte Leistung nicht annehmn würde.

[6]) Vgl. l. 23 § 1 D. 22, 1: „Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat, qui conveniatur.“

Digitized by Google

unerlaubte Handlung in §§ 848 ff. besonders, wenn auch wesentlich in Übereinstimmung mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 284 ff.

c. Eine der berühmtesten Streitfragen des Gemeinen Rechts ist die, ob der Satz „dies (adjectus) interpellat pro homine" anzuerkennen ist, wonach der Schuldner bei Forderungen mit vereinbartem bestimmten Leistungstag an diesem ohne Mahnung in Verzug kommt, sofern er nicht leistet. Dieser Satz wurde seit der Glosse „committitur" zu l. 9 D. 22, 1 allgemein anerkannt[7]). Savigny bestritt aber die quellenmäßige Richtigkeit und die innere Berechtigung dieses Grundsatzes, seither sind die Meinungen geteilt. Nach der richtigen Ansicht ist der Satz aus den Quellen nicht zu begründen, aber für das Gemeine Recht gewohnheitsrechtlich anerkannt. Er ist auch, wie schon in das ALR. I, 16 § 67, so auch in das BGB. § 284 Abs. 2 aufgenommen[8]).

---

[7]) So auch gelegentlich der dem Reichsdeputationsabschiede von Speier 1600 vorangegangenen Verhandlungen über die dubia cameralia.

Nach Code civil art. 1139 tritt die Fälligkeit ohne Mahnung dagegen nur bei ausdrücklicher, rechtsgeschäftlicher Anordnung, nicht schon als Folge der Festsetzung eines bestimmten Erfüllungstermins ein.

[8]) BGB. § 284 Abs. 2 lautet: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt." Dagegen ist bei nicht kalendermäßiger Fälligkeitszeit (zB. „nach beendeter Roggenernte", „auf der nächsten Leipziger Ostermesse") Mahnung Voraussetzung des Verzugs.

In einigen Fällen treten mit der Fälligkeit ohne Mahnung zwar nicht alle, aber gewisse Folgen des Verzuges ein, insbesondere die Zinspflicht; vgl. vor allem HGB. § 353 (altes HGB. Art. 288): „Kaufleute untereinander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern." Aus dem rR. gehörte u. a. hierher das Zinsprivileg des Fiskus (III, 176).

Digitized by Google

3. Zu vertretende Nichtleistung.

In den Quellen finden sich verschiedene Aussprüche, wonach die Folgen des Verzuges nicht eintreten sollen, wenn dem Schuldner gewisse Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, so zB. entschuldbarer Irrtum über Fälligkeit und Umfang der Schuld (l. 5 D. 12, 1, l. 63, 99 D. 50, 17), Abwesenheit in Staatsgeschäften und in Gefangenschaft (l. 23 pr., l. 17 § 3 D. 22, 1). Für das Gemeine Recht ist streitig, ob aus diesen Stellen der allgemeine Satz abzuleiten ist, daß die Wirkungen des Leistungsverzugs nur eintreten, wenn er verschuldet ist, oder ob in diesen Fällen nur aus Billigkeit und ausnahmsweise die Regel verlassen wird, daß die bloße Nichterfüllung die Verzugsfolgen nach sich zieht, m. a. W. ob grundsätzlich subjektive mora (S. 138[1]) erforderlich ist oder ob objektive mora genügt.

In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung und dem ALR. (I, 16 § 26) hat das BGB. sich der ersteren Meinung angeschlossen, indem es in § 285 bestimmt: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat." Die verzögerte Erfüllung wird also wie teilweise Unmöglichkeit behandelt. Welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, bestimmt sich nach den in § 81 dargelegten Grundsätzen. Regelmäßig hat der Schuldner also nur Vorsatz und Fahrlässigkeit, „Kennen und Kennenmüssen der Schuld" (S. 128), bei Gattungsschulden jedoch auch ein unverschuldetes Leistungsunvermögen zu vertreten (§ 279, oben S. 17). Auch hinsichtlich der Beweislast kommen die S. 131 festgestellten Regeln zur entsprechenden Anwendung. Der Gläubiger braucht also nur nachzuweisen, daß die Fälligkeit der Schuld eingetreten und Mahnung erfolgt ist (bei kalendermäßig bestimmter Fälligkeitszeit nur ersteres, S. 141). Dann gilt der Verzug als eingetreten, es sei denn, daß der Schuldner „sich exkulpiert", d. h. beweist: entweder, daß er rechtzeitig erfüllt hat oder daß die Verzögerung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht.

Digitized by Google

b. Wirkungen des Verzuges.

Die Folgen des Verzuges lassen sich in den Satz zusammenfassen, daß der säumige Schuldner dem Gläubiger das Interesse an der rechtzeitigen Leistung zu ersetzen hat (quanti creditoris interest, moram factam non esse, l. 36 § 2 D. 7, 1; l. 114 D. 45, 1). „Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen" (BGB. § 286 Abs. 1). Der Gläubiger muß also in die Lage gesetzt werden, in der er sich bei rechtzeitiger Leistung befunden hätte.

Dagegen giebt der Verzug dem Gläubiger regelmäßig kein Rücktrittsrecht. Wer also den gekauften Gegenstand nicht, wie bestellt, zugesandt erhält, kann grundsätzlich nur auf Lieferung klagen, nicht vom Vertrage zurücktreten, sofern nicht in diesen eine Verwirkungsklausel (lex commissoria, S. 233) aufgenommen ist. Dieser Satz, über den das Gemeine Recht nicht hinausgegangen ist[9]), ist für den Kauf schon im alten HGB. Art. 354—357[10]) und in

[9]) Wohl aber hat das ALR., das in I, 11 § 231 diesen Grundsatz ebenfalls aufgenommen hat, Ausnahmen zugelassen. Nach I, 11 § 230 kann der Verkäufer vom Vertrag abgehen, wenn der Käufer das bar zu zahlende Kaufgeld bei der Übergabe nicht zahlt. Ebenso hat nach I, 11 § 938 der Besteller eines Werks bei verschuldeter Nichtablieferung zu der ausdrücklich bestimmten Zeit und nach I, 11 § 1001 der Verleger bei nicht rechtzeitiger Lieferung des Manuskripts durch den Autor kraft Gesetzes ein Rücktrittsrecht.

[10]) Nach (altem) HGB. Art. 354 hat der Verkäufer dem mit Zahlung des Kaufpreises in Verzug geratenden Käufer gegenüber — vorausgesetzt, daß diesem die Ware noch nicht übergeben ist —, ein dreifaches Wahlrecht:

α. Er kann entweder Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen; oder:

β. die Ware gemäß Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen und die Differenz zum Kaufpreise geltend machen; oder:

γ. vom Vertrag abgehen, gleich als wäre er nicht geschlossen (z.B. wenn inzwischen der Preis der Ware gestiegen ist).

Nach Art. 355 hat der Käufer, wenn der Verkäufer mit der Übergabe der Ware im Verzug ist, ebenfalls ein dreifaches Wahlrecht:

α. Er kann Erfüllung und Schadensersatz für verspätete Erfüllung verlangen; oder:

β. statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern; oder:

Digitized by Google

erweitertem Maße durch BGB. §§ 286 Abs. 2, 326, 361 verlassen worden [11]).

Die Wirkungen des Verzuges sind im Einzelnen:

1. Perpetuatio obligationis.

Die Römer stellten schon frühzeitig den Grundsatz auf: quotiens mora intervenit debitoris, perpetuatur obligatio (vgl. l. 91 § 3 D. 45, 1). Damit sollte vor allem ausgedrückt werden, daß mit dem Verzuge die Gefahr

---

γ. vom Vertrag abgehen, gleich als wäre er nicht geschlossen (zB. wenn inzwischen der Preis der Ware gefallen ist).

Hierbei ist aber ein wesentlicher Unterschied zwischen Fixgeschäften (S. 235) und einfachen Kaufgeschäften. Bei letzteren muß die Partei, welche vom Vertrag abgehen will, bei Fixgeschäften diejenige, welche dabei stehen bleiben will, dies unverzüglich dem Gegner anzeigen. Will ferner bei Nichtfixgeschäften der Nichtsäumige zurücktreten, so muß er dem Säumigen eine Nachfrist gewähren, kann also erst nach deren fruchtlosem Ablaufe zurücktreten (Art. 356).

Durch die in Anm. 11 besprochene Verallgemeinerung dieser Rechtsgedanken im BGB. sind die für Nichtfixgeschäfte geltenden Art. 354—356 in das neue HGB. nicht übernommen, wohl aber der für die Fixgeschäfte gegebene Art. 357 (neues HGB. § 376, S. 235).

[11]) Nach § 286 Abs. 2 kann der Gläubiger unter Ablehnung der verspäteten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Leistung in Folge des Verzuges kein Interesse mehr für ihn hat. Nach § 326 kann bei gegenseitigen Verträgen dem im Verzuge Befindlichen vom Gegner eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung gesetzt werden, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde. Hat die verspätete Erfüllung für den Gegner kein Interesse, so braucht er keine Nachfrist zu gewähren. In diesem Falle steht dem Gegner sofort, im anderen Falle nach Ablauf der Nachfrist die Wahl zu, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten will.

Voraussetzung des Rücktrittsrechts des Gläubigers ist in den beiden vorerwähnten Fällen, daß der Schuldner in vertretbarem Verzug (subjektiver mora, S. 138[1]) ist. Bei Fixgeschäften dagegen (§ 361, unten S. 235) kommt es ausschließlich auf die Thatsache der Nichtleistung zu der festbestimmten Zeit an und der Rücktritt steht dem Gläubiger unter dieser Voraussetzung selbst dann zu, wenn die Nichtleistung nicht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, er also nicht in subjektiven Verzug (§ 285) gekommen ist.

Digitized by Google

des Untergangs oder der Verschlechterung der geschuldeten (individuellen, S. 17) Sache, soweit sie bisher den Gläubiger traf, auf den Schuldner übergeht. Dieser hat daher vom Verzug an jede durch seine Fahrlässigkeit und selbst die durch Zufall herbeigeführte Leistungsunmöglichkeit zu vertreten, auch wenn er etwa bis dahin nur für culpa lata haftete.

Die hierdurch ausgedrückte Haftung, auch für den die geschuldete Spezies nach dem Verzuge treffenden Zufall, wurde in späterer Zeit damit begründet, daß der Gläubiger, wenn er rechtzeitig in den Besitz der Sache gelangt wäre, die Möglichkeit gehabt hätte, die Sache vor dem Eintritte der Gefahr anderweit zu verwerten, so daß die Gefahr ihn nicht mehr getroffen haben würde. Mit Rücksicht auf diese Begründung kam nun die Ansicht auf, daß der Schuldner den die geschuldete Sache nach Eintritt des Verzugs treffenden Zufall nicht unbedingt zu vertreten habe, sondern daß ihm (von unerlaubter Besitzerlangung abgesehen, l. 40 pr. D. 5, 3, vgl. ALR. I, 7 § 242) der Nachweis zu verstatten sei, daß der Zufall die Sache auch bei rechtzeitiger Leistung beim Gläubiger getroffen hätte. Zu einer ausschließlichen Herrschaft ist diese dem Schuldner günstigere Ansicht jedoch in den Quellen und daher auch im Gemeinen Recht nicht gelangt. Sie ist jedoch für das Gemeine Recht als herrschende anzusehen und liegt auch dem BGB. zu Grunde; § 287: „Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn [12]), daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde." [13])

[12]) Mit den Worten „es sei denn" drückt das BGB. stets aus, daß von der aufgestellten Regel (hier zB. der Gefahrtragung durch den Schuldner) eine Ausnahme gemacht werde, deren Voraussetzungen derjenige nachzuweisen hat, der sich auf die Ausnahme beruft (hier also der säumige Schuldner); vgl. zB. auch §§ 153, 273 Abs. 2, 793, 1156, 1974.

[13]) Wenn also zB. A. bei B. Wertpapiere hinterlegt, mit deren Rückgabe B. in Verzug gerät, so haftet B., wenn während

Digitized by Google

2. Schadensersatzpflicht.

α. Bei verspäteter Leistung.

Der Schuldner hat, falls der Gläubiger die Leistung überhaupt noch anzunehmen braucht (S. 143), dessen Interesse an der verspäteten Leistung zu ersetzen, d. h. der Gläubiger muß in die Vermögenslage versetzt werden, in der er sich bei rechtzeitiger Leistung befunden hätte. Ihm gebühren also Früchte und sonstige Vermehrungen des Leistungsgegenstands, die er bei rechtzeitiger Leistung hätte ziehen können. Der Gläubiger hat, wie bei jedem Schadensersatzanspruche (S. 54) an sich den ihm zugefügten Schaden klar zu legen, „zu liquidieren". Bei Geldschulden überhebt ihn das Gesetz jedoch dieses Nachweises, indem es — in Unterstellung der jederzeit möglichen Anlegung baren Geldes zu dem landesüblichen Zinsfuße — bestimmt, daß der Schuldner mindestens zur Zahlung von Verzugszinsen (S. 45) in der gesetzlichen Höhe verpflichtet ist. Diese sind im bisherigen Recht[14]) (Reichsdeputationsabschied von Speier 1600, JRA., ALR. I, 11 § 830) auf fünf

---

des Verzugs die Papiere durch Blitz zerstört werden." Er kann jedoch seine Haftung durch den Nachweis abwenden, daß der Verlust den Gläubiger A. auch bei rechtzeitiger Leistung getroffen haben würde. Hierzu muß er beweisen, nicht nur, daß die Wertpapiere auch bei A. untergegangen sein würden, wenn A. sie im Besitz gehabt hätte, sondern auch — was bisher streitig war —, daß A. sie bis zum Eintritte des vernichtenden Zufalls behalten hätte. Dagegen wird der Schuldner nicht nur dann frei, wenn derselbe Umstand, der zur Vernichtung des Schuldgegenstands beim Schuldner führte, diesen Erfolg auch beim Gläubiger bewirkt hätte (zB. das verzögert nicht übergebene Gebäude stürzt in Folge einer Erdsenkung ein), sondern es genügt auch, wenn die Vernichtung durch einen anderen Umstand eingetreten wäre. B. ist daher zB. von seiner Haftung für die Wertpapiere auch frei, wenn er beweist, daß die von A. zu dauernder Geldanlage angeschafften Wertpapiere, wenn sie rechtzeitig geliefert wären, bei einem bei A. ausgekommenen Feuer verbrannt wären. Denn auch dann „wäre der Schaden (nämlich der Verlust der Wertpapiere) auch bei rechtzeitiger Lieferung, eingetreten".

[14]) Das rR. hat die Verzugszinsen zwar bei den **bonae fidei**, nicht aber bei den **stricti juris negotia** anerkannt; vgl. l. 32 § 2 D. 22, 1: „**In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.**"

Digitized by Google

(bei Handelsgeschäften sechs, altes HGB. Art. 287), in BGB. § 288 auf vier, im neuen HGB. § 352 auf fünf vom Hundert für das Jahr bestimmt. Kann der Gläubiger aus einem anderen Grunde, zB. auf Grund eines Vertrages höhere Zinsen als die gesetzlichen verlangen, so sind diese fortzuentrichten (BGB. § 288, wie schon § 3 des Bundeszinsengesetzes vom 14. November 1867).[15]) Keine Verzugszinsen sind von Zinsschulden (§ 289, S. 50) und von der Schenkung (§ 522, ebenso l. 22 D. 39, 5, ALR. I, 11 § 1079) zu entrichten; der besondere Nachweis eines Schadens ist dem Gläubiger aber auch in diesen Fällen unbenommen.

Der Gläubiger ist auf die Verzugszinsen nicht beschränkt; er kann einen höheren Schaden geltend machen, muß ihn aber dann eben beweisen. Dagegen ist umgekehrt dem Schuldner nicht etwa der Nachweis zu gestatten, daß der Gläubiger die Geldschuld nicht zum gesetzlichen Zinsfuße, sondern nur zu einem geringeren hätte anlegen können.

β. Bei Nichtleistung.

Muß der Schuldner in Folge eines während des Verzugs eintretenden Untergangs des Leistungsgegenstands für diesen Wertersatz leisten, so ist hierfür mindestens dessen Wert zur

---

[15]) In einzelnen Fällen hat der Schuldner Zinsen zu zahlen, ohne daß die Voraussetzungen des Verzugs, insbesondere die Nichtleistung in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands, vorzuliegen brauchen. So hat der Schuldner nach BGB. § 291 eine Geldschuld vom Eintritte der Rechtshängigkeit (oder der etwaigen erst später eintretenden Fälligkeit an) selbst dann zu verzinsen, wenn er nicht im Verzug ist, also zB. wenn er den Prozeß im guten Glauben nichts zu schulden begonnen hat (Prozeßzinsen, oben S. 44[11]). Dagegen hat das BGB. das gemeinrechtliche Vorrecht der Minderjährigen (l. 87 § 1 D. 31) auf Zinsen von der Fälligkeit an nicht übernommen. Gemeinrechtlich war sogar streitig, ob sich das Vorrecht auf den sofortigen Beginn des Zinsenlaufs beschränkt oder ob nicht mit der Fälligkeit einer Forderung des Minderjährigen zu seinen Gunsten alle Folgen des Verzugs eintreten. Über die Zinspflicht von Fälligkeit an nach HGB. vgl. oben S. 141[8].

Digitized by Google

Fälligkeitszeit zu Grunde zu legen. Der Gläubiger kann aber auch nachweisen, daß er durch eine spätere Verwertung einen höheren Preis erzielt hätte. Nach rR. mußte der Dieb den höchsten Wert der Zwischenzeit ersetzen (l. 8 § 1 D. 13, 1). Das BGB. enthält hierüber keine Vorschriften, es können aber die Vorschriften über die Geltendmachung eines entgangenen Gewinns (S. 63) zur rechtsähnlichen Anwendung gelangen. Von dem der Schadensberechnung zu Grunde zu legenden Zeitpunkt an hat der Schuldner Verzugszinsen zu zahlen (BGB. § 290).

Die gleichen Grundsätze gelten für eine während des Verzugs eingetretene Verschlechterung oder Wertverminderung des Leistungsgegenstands.

3. Einzelne Wirkungen des Verzugs sind u. a.:

Verfallen der Vertragsstrafe (BGB. § 339, S. 228), Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Vorbehalt des Eigentums (§ 455), Herstellungsrecht des Mieters und Bestellers bei fehlerhafter Leistung des Vermieters und des Unternehmers eines Werkes (§§ 538, 633), Kündigung des Mietverhältnisses bei zweimaligem Zahlungsverzuge des Mieters (§ 554), Erweiterung der Bürgschaftsverpflichtung bei Verzug des Hauptschuldners (§ 767), Befreiungsrecht des Bürgen, wenn der Hauptschuldner im Verzug ist (§ 775[3]), Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit nur seit dem Verzuge des Verpflichteten (§ 1613); vgl. endlich §§ 425, 429 (der Verzug eines Gesamtschuldners wirkt nicht gegen die anderen Schuldner, der Verzug gegen einen Gesamtgläubiger wirkt nicht zu Gunsten der anderen Gläubiger) und dagegen §§ 424, 429 Abs. 1 (der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner, der Verzug eines Gesamtgläubigers wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger). Der Leistungsverzug wirkt also blos subjektiv, der Annahmeverzug objektiv, unten S. 264. Über den Verzug bei Abzahlungsgeschäften vgl. S. 234[5].

c. Aufhören des Verzugs (purgatio morae).

1. Der Verzug wird zunächst beseitigt durch Erfüllung der Verpflichtung. Für das Gemeine Recht ist streitig,

Digitized by Google

ob bei vorbehaltloser Annahme der Erfüllung die durch den Verzug hervorgerufenen Mehrleistungen, besonders die Verzugszinsen, selbständig nachgefordert werden können. Nach BGB. unterliegt dies keinem Zweifel (oben S. 38[4]).

2. Der Verzug hört ferner auf durch gehöriges (S. 150) Angebot der Leistung, wie sie sich in Folge des Verzugs gestaltete (l. 91 § 3 D. 45, 1). Weist der Gläubiger eine derart angebotene Nachleistung zurück, so kommt er selbst in Annahmeverzug, vorausgesetzt natürlich, daß er die nachträgliche Leistung überhaupt noch annehmen muß (S. 152); beiderseitigen Verzug giebt es nicht (vgl. l. 18 D. 18, 6).

3. Für die Zukunft fallen die Verzugszinsen endlich durch ausdrückliche oder stillschweigende Stundung des Gläubigers fort; vgl. besonders l. 14, 31 D. 46, 2 über die stillschweigende Stundung und dadurch herbeigeführte purgatio morae durch bedingte Novation der Schuld.

§ 83. Verzug des Gläubigers.

a. Voraussetzungen.

Das BGB. bestimmt in den §§ 293, 294: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt." „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten werden." Daraus ergeben sich als Voraussetzungen des Gläubiger- oder Annahmeverzugs (mora creditoris s. accipiendi): Gehöriges Anbieten durch den Schuldner und Nichtannahme durch den Gläubiger. Dagegen ist nach BGB. nicht, wie nach der für das Gemeine Recht herrschenden Ansicht[1]) und nach ALR. (I, 11 § 102), der Eintritt des

[1]) Die Vertreter dieser Ansicht (Windscheid, Dernburg, dagegen Kohler) berufen sich vor allem auf die in l. 37 D. 17, 1 enthaltene Gleichstellung der „frustratio" des Gläubigers mit der des Schuldners: „id tempus spectatur quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet."

Digitized by Google

Verzugs des Gläubigers von dessen Verschulden abhängig.[2]) Der Gläubiger kommt daher nach BGB. auch dann in Verzug, wenn er durch höhere Gewalt an der Annahme gehindert wird. Es genügt „objektive mora".

1. Gehöriges Angebot.

Der Gläubiger kommt grundsätzlich nur dann in Annahmeverzug, wenn der Schuldner oder ein leistungsberechtigter Dritter (S. 81) dem Gläubiger die vollständige (S. 29) Leistung am gehörigen Ort und zur gehörigen Zeit thatsächlich anbietet (sog. Realoblation). In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte soll aber nach BGB. § 295 wörtliches Angebot des Schuldners (sog. Verbaloblation) genügen:

α. wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde; oder

β. wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen (Holschuld, S. 87), durch Wahl (Wahlschuld, S. 23) oder im Einzelnen (Spezifikationskauf, S. 15[4]) zu bestimmen hat, oder wenn der Umfang der Leistung des Schuldners von einer

[2]) Da hiernach der Schuldner, soweit die Bestimmung der Leistungszeit in seiner Hand liegt, den Gläubiger durch unzeitgemäßes Angebot in Verzug setzen könnte, bestimmt BGB. § 299: „Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat."

Die Unabhängigkeit des Annahmeverzugs von einem Verschulden des Gläubigers im Gegensatze zu dem für den Leistungsverzug erforderlichen Verschulden des Schuldners hat dazu geführt, den Annahmeverzug in einem besonderen Titel (zweiter Titel: Verzug des Gläubigers) zu behandeln. Es sollte dadurch zum Ausdrucke gebracht werden, daß für den Verzug des Gläubigers und des Schuldners ganz verschiedenartige Grundsätze zur Anwendung kommen. Thatsächlich beruhen aber beide Verzugsformen auf dem Grundgedanken, daß alle bei einem Schuldverhältnisse Beteiligten verpflichtet sind, zu dessen richtiger, insbesondere rechtzeitiger Lösung mitzuwirken.

Digitized by Google

ihm vom Gläubiger mitzuteilenden Berechnung abhängt, oder endlich, wenn ein gleichzeitiges Handeln beider Teile an einem bestimmten Ort erforderlich ist (wie zB. bei der Übergabe oder der Auflassung eines Grundstücks). Ist für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender oder eine von einer Kündigung abhängige, aber von dieser an nach dem Kalender zu berechnende Zeit bestimmt, so bedarf es des Angebots nur dann, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt (§ 296). Wenn also zB. A. als Gläubiger am 1. April ein Wahlrecht oder ein Recht aus einem Präsentationspapiere (Wechsel, Inhaberpapier) geltend machen soll, so kommt er bei unterlassener Geltendmachung seines Rechts ohne Weiteres in Verzug, ohne daß es eines Leistungsangebots des Schuldners bedarf.[3])

In allen Fällen zulässiger Verbaloblation ist die Voraussetzung des in Verzug Setzens des Gläubigers, daß der Schuldner wirklich erfüllungsbereit war. Der Gläubiger kann also (§ 297) die Verzugsfolgen von sich abwenden, wenn er beweist, daß der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit zur Bewirkung der Leistung außer Stande war.

2. Nichtannahme.

Als eine den Gläubigerverzug herbeiführende Nichtannahme gilt nicht nur eine ausdrückliche Erklärung; vielmehr genügt zB., daß der Gläubiger am Erfüllungsorte nicht auffindbar oder daß er nicht gehörig ausgewiesen (legitimiert) ist. Ist insbesondere der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger auch dann in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet (BGB. § 298). Das bezieht sich nicht nur auf die gegenseitigen Verträge, sondern

[3]) Man könnte in Vergleichung mit dem S. 141 behandelten Satze „dies interpellat pro homine“ hier von einem Grundsatze „dies offert pro homine“ reden.

Digitized by Google

auf alle Fälle, in denen der Gläubiger Zug um Zug gegen Empfang der Leistung eine Handlung vornehmen muß, vgl. zB. BGB. § 255 (Abtretung der Eigentumsansprüche bei Schadensersatzleistung für den Verlust einer Sache), § 368 (Erteilung einer Quittung bei Empfang der Leistung).

b. Wirkungen.

1. Ebensowenig wie der Verzug des Schuldners (S. 143) wirkt der Verzug des Gläubigers grundsätzlich auf den Bestand des Schuldverhältnisses ein. Der Schuldner kann also mangels einer rechtsgeschäftlichen (lex commissoria, S. 233) oder besonderen gesetzlichen Vorschrift[4]) wegen Annahmeverzugs des Gläubigers nicht von dem Schuldverhältnisse zurücktreten. Umgekehrt ist nur nach dem Inhalte des einzelnen Schuldverhältnisses die Frage zu beantworten, ob der Schuldner den Gläubiger zur Abnahme der Leistung zwingen kann.[5])

2. Während des Verzugs des Gläubigers hat der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (BGB. § 300 Abs. 1, ebenso l. 5, 18 D. 18, 6, ALR. I, 11 §§ 98, 939). Wo also bisher die Gefahr beim Schuldner war (S. 130), geht sie mit dem Verzug auf den Gläubiger

---

[4]) Vgl. zB. neues HGB. § 585 (bisher Art. 586: Liefert der Befrachter bis zum Ablaufe der Wartezeit keine Ladung, so ist der Verfrachter an seine Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht länger gebunden und hat gegen den Befrachter Anspruch auf einen Teil der Fracht als „Fautfracht"); ferner ALR. I, 11 § 229 („Bei Käufen über bewegliche Sachen unter fünfzig Thalern ist der Verkäufer vom Vertrage wieder abzugehn berechtigt, sobald die zur Abholung der Ware bestimmte Zeit verflossen ist").

[5]) Regelmäßig ist die Entgegennahme der Leistung nur ein Recht, keine Pflicht des Gläubigers. Insbesondere können Dienste grundsätzlich nicht aufgezwungen werden. Wenn also A. beim Maler B. sein Portrait für 1000 Mk. bestellt, so hat B. bei der Weigerung A.'s, Modell zu sitzen, regelmäßig nur einen Anspruch auf die 1000 Mk., kann aber A. nicht zum Modellsitzen zwingen. Denkbar ist natürlich aber auch, daß A. die Verpflichtung, sich malen zu lassen, hat übernehmen wollen. Der nach bisherigem Rechte besonders streitige Fall, ob der Käufer zur Abnahme der gekauften Sache verpflichtet ist, wird in BGB. § 453 Abs. 2 grundsätzlich bejaht; vgl. unten S. 263[2].

Digitized by Google

über, so vor allem bei der Wahlschuld (§ 263 Abs. 2, vgl. l. 105 D. 45, 1 und oben S. 25) und der Gattungsschuld (§ 300, oben S. 19) durch Nichtannahme der angebotenen Sache. Bei den gegenseitigen Verträgen hat der Gefahrübergang noch die besondere Bedeutung (S. 17[7]), daß die Partei, deren Leistung ohne ihren Vorsatz oder ihre grobe Fahrlässigkeit während des Annahmeverzugs des Gegners unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung behält (BGB. § 324 Abs. 2, unten S. 215).

3. Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstands herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die von ihm wirklich gezogenen Nutzungen (BGB. § 302). Dementsprechend hat nach BGB. § 301 der Schuldner einer verzinslichen Geldschuld während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten, sondern könnte vom Gläubiger nur auf Ersatz derjenigen Nutzungen belangt werden, die er mit dem Gelde während des Gläubigerverzugs thatsächlich erlangt hat.[6])

4. Nach älterem rR. konnte der Schuldner eine Sache, mit deren Abnahme der Gläubiger in Verzug war, einfach aufgeben („derelinquieren").[7]) Nach Gemeinem Recht

[6]) Dagegen hört nach Gemeinem Recht (vgl. l. 1 § 3, l. 7 D. 22, 1, l. 28 § 1 D. 26, 7) und nach ALR. I, 16 § 229 der Zinsenlauf nicht schon mit dem Verzuge des Gläubigers, sondern erst mit der rechtmäßigen Hinterlegung auf, weil bis dahin der Schuldner das Kapital nutzen kann. Das BGB. läßt dagegen den Zinsenlauf mit Eintritt des Gläubigerverzugs aufhören, in Erwägung, daß der Schuldner, der stets zur Zahlung bereit sein muß, das Kapital regelmäßig zinslos wird liegen lassen müssen. Gemeint sind in BGB. § 301 natürlich nur rechtsgeschäftliche, nicht auch Verzugszinsen; denn der Annahmeverzug des Gläubigers hebt den etwa bis dahin vorhanden gewesenen Verzug des Schuldners auf (S. 149), dieser kann also zu Verzugszinsen überhaupt nicht mehr verpflichtet sein.

[7]) Vgl. z.B. l. 1 § 3 D. 18, 6 (Ulpian): „Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius."

Digitized by Google

hat er das Recht zur Besitzaufgabe nur nach vorheriger Androhung und auch nur äußersten Falls, sofern er sich durch Hinterlegung bei einer öffentlichen Behörde oder einer Privatperson oder durch Selbsthülfeverkauf (vgl. auch ALR. I, 11 §§ 218 ff.) nicht helfen kann.

Das BGB. unterscheidet:

α. Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er dessen Besitz nach Eintritt des Annahmeverzugs und nach vorheriger Androhung aufgeben (BGB. § 303).

β. Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden, sowie Kostbarkeiten (nach EGBGB. Art. 146 auch andere von den Landesgesetzen bezeichnete bewegliche Sachen) können bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegt werden (§ 372). Ist die Rücknahme ausgeschlossen, so wirkt diese Hinterlegung als Erfüllung (§ 378). Hierüber ist unten zu sprechen (S. 269).

γ. Nicht zur Hinterlegung geeignete bewegliche Sachen kann der Schuldner im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsorte versteigern lassen (§§ 383 ff.). Der Versteigerungserlös wird dann hinterlegt. Auch über diesen sog. Selbsthülfeverkauf, der zuerst im alten HGB. Art. 343 ausgebildet, im BGB. und im neuen HGB. § 373 weiterentwickelt ist, ist unten S. 267[7] zu sprechen.

5. Während der Schuldner nach Gemeinem Recht (z.B. l. 8 D. 33, 6, l. 38 § 1 D. 19, 1) und ALR. (I, 11 §§ 102, 103, 940) Ersatz des ihm durch den Annahmeverzug entstandenen Schadens beanspruchen kann, kann er nach BGB. § 304 nur Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot, sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen mußte.[8])

---

[8]) Über einzelne Wirkungen des Annahmeverzugs vgl. BGB. §§ 264 (Übergang des dem Gläubiger zustehenden Wahlrechts auf den Schuldner, S. 24), 274 Abs. 2, 322 Abs. 3 (Wirkung des Annahmeverzugs bei Zug um Zug-Leistungen, unten S. 211), 615 (Dienstvertrag: keine Verpflichtung zur Nachleistung der Dienste, mit deren Annahme der Dienstberechtigte in Verzug kommt), 642

Digitized by Google

c. Für das Aufhören des Verzugs kommen die S. 148 für den Schuldnerverzug entwickelten Grundsätze zur rechtsähnlichen Anwendung.

V. Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse.

§ 84. Geltendmachung der Forderung.

Dem Begriffe des Schuldverhältnisses entspricht es, wie S. 3 dargestellt, daß dadurch eine unmittelbare Beziehung des Gläubigers nur zur Person des Schuldners, nicht auch zum Leistungsgegenstande geschaffen wird. Der Schuldner soll etwas geben, leisten, unterlassen, ihm gegenüber hat also die Geltendmachung des Schuldverhältnisses selbst dann zu erfolgen, wenn dessen Gegenstand eine bestimmte Sache ist (jus ad rem, I, 25).

a. Gerichtliche Geltendmachung.

Der gewöhnliche Weg, den der vom Schuldner nicht freiwillig befriedigte Gläubiger zur Geltendmachung seines Forderungsrechts zu betreten hat, ist der des Angehens der (heute ausschließlich staatlichen, I, 171[2]) Gerichte. Der Gläubiger verklagt den Schuldner auf den Leistungsgegenstand und bedient sich, falls der Schuldner dem vollstreckbaren (d. h. rechtskräftigen oder mindestens für vorläufig vollstreckbar erklärten, I, 317[3]) Urteile nicht sofort Genüge leistet, der vom Staate für die Bewirkung der Zwangsvollstreckung bestimmten Organe, d. h. regelmäßig der Gerichtsvollzieher, in gewissen Fällen der Gerichte (I, 353[6]).

1. Das Ziel der Zwangsvollstreckung ist, dem Gläubiger den Leistungsgegenstand zuzuführen. Das römische Recht hat diesen Erfolg, wie I, 348 ausgeführt, nur in allen den Fällen erreicht, in denen der Schuldner zur Geldleistung verpflichtet war. Denn bei der nach rR. allein

(Entschädigungspflicht des Bestellers eines Werks, der mit einer ihm bei der Herstellung obliegenden Handlung in Verzug ist), 644 (Übergang der Gefahr beim Werkvertrag auf den Besteller bei Abnahmeverzug).

Digitized by Google

möglichen condemnatio pecuniaria kam der Gläubiger dann nicht zu seinem Rechte, wenn das Leisten von Handlungen oder das Geben einer bestimmten Sache Gegenstand des Schuldverhältnisses war. Das moderne Recht beruht demgegenüber auf dem Grundsatze der Realexekution. Danach ist der Klageantrag, das Urteil und die Zwangsvollstreckung grundsätzlich auf den Leistungsgegenstand selbst zu richten. Hat der Schuldner eine bestimmte Sache herauszugeben, so wird sie ihm vom Gerichtsvollzieher weggenommen und dem Gläubiger übergeben (CPO. § 883, bisher § 769). Hat der Schuldner eine vertretbare, d. h. auch durch einen Dritten mögliche Handlung vorzunehmen, so kann der Gläubiger sich vom Prozeßgericht I. Instanz ermächtigen lassen, sie auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen (CPO. § 887, bisher § 773). Bei unvertretbaren, durch einen Anderen als den Schuldner nicht vornehmbaren Handlungen wird der widerspenstige Schuldner vom Gericht durch Geldstrafe bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft bis zu 6 Monaten angehalten, vorausgesetzt, daß die Handlung ausschließlich von seinem Willen abhängt (CPO. §§ 888, 913, bisher 774, 794). Handelt der Schuldner endlich der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen jeder Zuwiderhandlung vom Prozeßgericht I. Instanz zu Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder Haft bis zu 6 Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf 2 Jahre Haft nicht übersteigen (CPO. § 890, bisher § 775).

Durch alle diese Vorschriften will der moderne Gesetzgeber dem Gläubiger zu der dem Schuldverhältnisse wirklich entsprechenden Leistung verhelfen. Doch auch ihm gelingt dies nicht in allen Fällen[1]) und alsdann muß, soweit der

[1]) Wenn z. B. A. seinen Hund Blitz an B. verkauft, so kann B. gegen A. bei Fälligkeit auf Übergabe klagen. A. wird verurteilt, Blitz an B. herauszugeben. Der von A. beauftragte Gerichtsvollzieher wird den Hund bei A. suchen und ihn, falls er ihn findet, wegnehmen. Wird der Hund nicht gefunden, so wird B. den A. zum Offenbarungseid aus CPO. § 883 (bisher § 769, oben S. 77[5]) laden. Giebt A.

Digitized by Google

Leistungsgegenstand in Geld schätzbar ist (S. 66), doch wieder die pecuniaria condemnatio dem Gläubiger Ersatz der ihm nicht zu verschaffenden wirklichen Leistung gewähren (CPO. § 893, bisher § 778).

2. Der Gläubiger kommt aber nicht einmal in allen den Fällen zu seinem Recht, in denen sein Anspruch, sei es von vornherein (Geldschuld, III, 317), sei es ersatzweise für die nicht zu erlangende wirkliche Leistung auf Geld gerichtet ist. Zunächst gilt natürlich der Grundsatz: „Wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren." Ist die Vollstreckung fruchtlos ausgefallen, hat der Schuldner den Offenbarungseid aus CPO. § 807 (bisher § 711) geleistet, so ist der Gläubiger thatsächlich um sein Recht gekommen. Ehemals stand ihm noch die Schuldhaft, der letzte Rest der ursprünglichen Schuldknechtschaft (I, 348), zur Verfügung (I, 349[2]). Mit dem Bundesgesetze vom 29. Mai 1868 ist dem Gläubiger dieses äußerste Zwangsmittel entzogen, soweit dadurch die Zahlung einer Geldsumme erzwungen werden soll.

Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung führt aber bisweilen nicht nur dem völlig vermögenslosen, sondern sogar einem vermögenden Schuldner gegenüber nicht zum Ziele.

α. Nach Gemeinem[a]) und preußischem[b]) Rechte steht den aus gewissen Schuldverhältnissen belangten Schuldnern

---

unter seinem Eid etwa an, er habe den Hund dem C. in Verwahrung gegeben, so wird B. auf Grund seines Vollstreckungstitels gegen A. den Anspruch des A. gegen C. auf Herausgabe des Hundes pfänden und sich überweisen lassen (CPO. § 886, bisher § 772). In diesen Fällen hat B. Aussicht, den Leistungsgegenstand zu erhalten. Giebt aber A. zB. unter seinem Eid an, daß er den Hund dem D. verkauft und übergeben habe, so ist B. auf die Interesseforderung angewiesen. Denn sein jus ad rem ist nach modernem Rechte (II, 469[1]) dem Dritten gegenüber gänzlich wirkungslos. Ebensowenig führt die Realexekution zum Ziele, wenn A. die Leistung des Offenbarungseides verweigert und die deshalb über ihn verhängte Haft bis zum Höchstmaße von 6 Monaten (CPO. § 913, bisher § 794) über sich ergehen läßt.

[a]) Nach älterem römischen Rechte richtet sich die Vollstreckung vorzugsweise gegen die Person des Schuldners (legisactio per

Digitized by Google

die höchstpersönliche Rechtswohlthat des Notbedarfs (beneficium competentiae) zu, wonach der Gläubiger ihnen bei der Vollstreckung die zum notdürftigen Unterhalt erforderlichen Mittel belassen muß, selbst wenn er in Folge dessen seine Forderung nicht zur Geltung bringen kann.

---

manus injectionem I, 222). Bei gewissen Schuldverhältnissen wurde nun zunächst dem Schuldner die Rechtswohlthat gewährt, daß er nur auf den Betrag seines Vermögens („in quantum facere potest debitor") verurteilt werden durfte. Diese Rechtswohlthat mußte daher vor der Verurteilung geltend gemacht und in die Klagformel als exceptio aufgenommen werden. Später erhielt die Rechtswohlthat eine Ausdehnung sowohl in prozessualer als in materieller Beziehung. Einerseits wurde nämlich die Vorschützung der Einrede auch noch gegenüber der Vollstreckung zugelassen, andererseits den Schuldnern (zuerst nur dem Schenker, l. 19 § 1 D. 42, 1) das Recht gewährt, von ihrem Vermögen das für den notdürftigen (nach Manchen standesgemäßen) Unterhalt Erforderliche der Vollstreckung zu entziehen; vgl. l. 173 pr. D. 50, 17: „In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt, damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant." Auf Grund dieser geschichtlichen Entwickelung unterscheiden Manche auch noch für das Gemeine Recht ein der Verurteilung entgegenzusetzendes „Kondemnationsprivilegium" (Verurteilung nur in Höhe des Vermögens zur Zeit des Urteils, „in quantum facere potest debitor") und ein die Vollstreckung beschränkendes „Exekutionsprivilegium" (Vollstreckung nur bis zum Notbedarf, ne egeat debitor). Da jedoch die Vollstreckung gegen die Person fortgefallen ist, so kommt für das Gemeine Recht überhaupt nur die Vollstreckungsbeschränkung in Frage. Diese kann schon vor dem Urteil geltend gemacht werden. Dann ist in das Urteil ein entsprechender Vorbehalt aufzunehmen. Sie kann aber auch erst bei der Vollstreckung im Wege einer Einwandsklage nach CPO. § 767 (bisher § 686) vorgebracht werden. Von Manchen (vgl. noch ERG. 33, 378) wird wegen der in § 767 (686) Abs. 2 liegenden Beschränkung die Vorschützung des beneficium competentiae in der Vollstreckungsinstanz nur dann zugelassen, wenn der Schuldner erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil erging, in Vermögensverfall geraten ist. Dies ist nicht zu billigen. Für die Frage, ob die Kompetenzeinrede begründet ist, ist nach Gem. R. nicht der Zeitpunkt der Verurteilung, sondern der der Vollstreckung maßgebend. Erst dann ist zu beurteilen, ob eine der notwendigen Voraussetzungen der Einrede, nämlich die Unmöglichkeit, ohne Schädigung des Notbedarfs die Schuld zu erfüllen, vorliegt.

Digitized by Google

Das BGB. hat das beneficium competentiae als besonderes Rechtsinstitut beseitigt, zwingt aber in einigen Fällen den Gläubiger, bei Geltendmachung seiner Ansprüche auf die Vermögenslage des Schuldners Rücksicht zu nehmen. Nach § 519 darf der Schenker die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen (also deducto aere alieno, wie im Gem. R. vgl. Anm. 2) außer Stande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird. Das Gleiche gilt nach § 529 zu Gunsten des zur Heraus-

---

Das höchstpersönliche beneficium competentiae steht nach Gemeinem Recht zu (l. 16—25 D. 42, 1): Eltern gegen ihre Kinder, Ehegatten gegen einander, Soldaten, jüngst aus der väterlichen Gewalt entlassenen Hauskindern, den auf Leistung oder Rückgabe einer Dos Belangten, dem Gesellschafter und dem Schenker, letzterem noch mit der besonderen Milderung, daß bei der Beurteilung der Frage, ob er den Notbedarf behält, nicht, wie in den übrigen Fällen, der Brutto-, sondern der Nettobetrag seines Vermögens zu Grunde gelegt wird („et quidem is solus deducto aere alieno", l. 19 § 1 D. 42, 1; vgl. ähnlich BGB. § 519: „bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen"). Durch die KO. beseitigt ist das gemeinrechtliche beneficium competentiae zu Gunsten des Gemeinschuldners, der eine cessio bonorum vorgenommen hatte; vgl. I, 361[7] über ein nach der bisherigen KO. § 1 Abs. 2 dem Gemeinschuldner zukommendes, in der neuen KO. fortgefallenes Unterhaltsrecht.

[3]) Das preußische Recht beruhte anfangs auf §§ 14 ff. AGO. I, 49, an deren Stelle später die §§ 435 ff. der PrKO. vom 8. Mai 1855 traten. Danach steht die Rechtswohlthat zu: Ascendenten, Descendenten, Geschwistern und Ehegatten gegen einander, nicht aber dem Gesellschafter oder Schenker. Jedoch kann dieser, sofern er in Dürftigkeit geraten ist, von dem Beschenkten 6% des Wertes der Schenkung als eine „Kompetenz" fordern (ALR. I, 11 § 1123). Auf Grund dieser Vorschrift wurden in dem berühmten Prozesse des Herrn von Carstenn-Lichterfelde gegen den preußischen Fiskus dem Kläger 6% des Grundstückswerts des von ihm dem Fiskus zur Erbauung der Hauptkadettenanstalt Groß-Lichterfelde geschenkten Grundstücks zugesprochen. Das BGB. will die Interessen der Beteiligten in anderer Weise ausgleichen: nach § 528 hat der bedürftig gewordene Schenker ein Rückforderungsrecht, der Beschenkte kann dies jedoch durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden.

Digitized by Google

gabe des Geschenks verpflichteten Beschenkten und nach § 829 zu Gunsten des Begehers einer unerlaubten Handlung, der zwar wegen mangelnden Verschuldens für den angerichteten Schaden *nicht verantwortlich* gemacht werden kann, aber aus Billigkeitsgründen zu einer gewissen Schadloshaltung herangezogen wird (II, 495[9]).

β. Die Rechtswohlthat des Notbedarfs schränkt das grundsätzlich auf das gesamte Vermögen des Schuldners sich beziehende Vollstreckungsrecht des Gläubigers auf Grund *persönlicher*, zwischen ihm und dem Schuldner vorliegender Verhältnisse ein. Dagegen beruhen die Vorschriften der CPO. §§ 811, 812 (bisher § 715) und §§ 850 bis 852 (bisher § 749), vgl. noch KO. § 1 (I, 249[7]) auf *sozialen* Gesichtspunkten. Im allgemeinen Interesse muß die völlige wirtschaftliche Vernichtung des Schuldners verhütet werden und ihm bei der Vollstreckung sowohl von körperlichen Gegenständen als von Forderungen soviel gelassen werden, daß er seinen Berufsgeschäften nachgehen kann und mindestens die Möglichkeit behält, sich wieder in die Höhe zu bringen[4]). Auf demselben Gedanken beruht die dem Pr. Gesetze vom 12. Juni 1894 betr. die Rechte des Vermieters an den in die Mietsräume eingebrachten Sachen nachgebildete Vorschrift des § 559 BGB., daß das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters sich nicht erstreckt auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen.

Während der Verzicht auf die Rechtswohlthat des Notbedarfs zulässig ist, sind die vorstehend erwähnten Fälle

---

[4]) In der neuen CPO. ist der Kreis der unpfändbaren Sachen und Forderungen in einer dem modernen Empfinden gerecht werdenden Weise erweitert. Insbesondere sollen nach dem neu eingefügten § 812 Gegenstände, welche zum gewöhnlichen Hausrate gehören und im Haushalte des Schuldners gebraucht werden, nicht gepfändet werden, wenn ohne Weiteres ersichtlich ist, daß durch deren Verwertung nur ein Erlös erzielt werden würde, welcher zu dem Wert außer allem Verhältnisse steht.

Nicht berücksichtigt ist in der neuen CPO. die sog. *Heimstättenbewegung*, nach der (im Interesse der Erhaltung eines gesunden Bauernstandes) ein Mindestmaß von Grundbesitz der Zwangsvollstreckung entzogen sein soll.

Digitized by Google

als dem öffentlichen Recht angehörig der Parteibestimmung entzogen (vgl. auch BGB. § 400, unten S. 320[7]).

γ. Der Zugriff des Gläubigers ist endlich in gewissen Fällen nur bestimmten Vermögensteilen des Schuldners gegenüber zulässig (I, 351[8]). Die Beschränkung kann auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft beruhen.

1) *Kraft Gesetzes* haftet nach BGB. § 419 der *Übernehmer eines fremden Vermögens* für die auf diesem lastenden Schulden nur mit dem Bestande des übernommenen Vermögens und den ihm aus dem Übernahmevertrage zustehenden Ansprüchen. In gleicher Weise haftet nach bisherigem Rechte der *Benefizialerbe*. Nach BGB. erfordert die Beschränkung der Haftung auf die ererbten Sachen grundsätzlich die Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses; sind diese Rechtsbehelfe jedoch mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht thunlich, so kann der Erbe ohne Weiteres die Befriedigung eines Gläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht (II, 711[2], vgl. BGB. §§ 1990, 1991, die auch im Falle des § 419 anwendbar sind, unten S. 350).

Eine gesetzliche Beschränkung tritt ferner in einzelnen Fällen rein dinglicher Haftung ein, so bei der *Grundschuld*, falls ihr keine persönliche Forderung zu Grunde liegt (BGB. §§ 1191 ff., Haftung nur mit dem Grundstück) und der *Bodmerei* (HGB. § 679, früher Art. 680, Haftung nur mit den verbodmeten Gegenständen: Schiff, Fracht, Ladung).

Endlich kann bei *Gesellschaftsverhältnissen* die Vereinigung in Formen erfolgen, die eine Haftung der Gesellschafter nur mit gewissen Vermögensteilen nach sich ziehen, so bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft.

2) Streitig ist, ob die Beteiligten *durch Rechtsgeschäft* festsetzen können, daß die Haftung des Schuldners in gewisser Weise beschränkt sein soll, sei es, daß der

Digitized by Google

Gläubiger sich nur an bestimmte Vermögensteile solle halten dürfen, oder daß gewisse Vermögensteile von der Haftung ausgeschlossen sein sollen. Bei der den heutigen Rechtsverkehr beherrschenden Vertragsfreiheit (S. 197) und dem Mangel einer verbietenden Vorschrift muß die Zulässigkeit eines derartigen Abkommens angenommen werden. Es ist zB. zulässig, daß ein mit einem nicht rechtsfähigen Verein in Vertragsverhältnisse Tretender ausdrücklich erklärt, sich nur an das Vereinsvermögen halten zu wollen, oder daß dies dem Willen der Beteiligten entspricht.

b. Außergerichtliche Geltendmachung.

In Ausnahmefällen kann der Gläubiger sein Forderungsrecht außergerichtlich zur Geltung bringen. Über die unter Umständen zulässige Selbsthülfe ist III, 629 gesprochen, über die Aufrechnung ist später (zu BGB. §§ 387 ff., unten § 99) zu sprechen. Zu erörtern sind an dieser Stelle außer dem Zurückbehaltungsrecht (§ 85) die sog. natürlichen Verbindlichkeiten (§ 86), d. h. Schuldverhältnisse, die der Gläubiger zwar nicht gerichtlich (durch Klage oder Einrede) zur Geltung bringen kann, die aber doch gewisse rechtliche Wirkungen nach sich zu ziehen im Stande sind.

§ 85. Das Zurückbehaltungsrecht.

a. Voraussetzungen.

Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) ist das Recht eines Schuldners, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung zurückzuhalten.

Aus dieser dem § 273 BGB. entnommenen Begriffsbestimmung ergeben sich als Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts:

Digitized by Google

1. Gegenseitige fällige Ansprüche.

α. Der Anspruch, wegen dessen zurückbehalten wird, muß erzwingbar (S. 170) und darf weder bedingt noch betagt sein. Die Ansprüche brauchen nicht gleichartig zu sein. Im Gegenteil[1]) wird bei gleichartigen gegenseitigen Ansprüchen, besonders bei Geldschulden, regelmäßig keine Retention einzutreten brauchen, da jeder Teil in der Lage ist, auf dem Wege der Aufrechnung die eigene und die gegnerische Forderung endgültig aus der Welt zu schaffen, während das Zurückbehaltungsrecht nur einen vorläufigen Zustand schafft (S. 278).

β. Nach Gemeinem Recht und BGB. braucht die Gegenforderung des Zurückhaltenden nicht „liquide" d. h. ohne Beweisaufnahme nach Grund und Umfang feststellbar zu sein. ALR. I, 20 § 541 verlangte, daß die Forderung wenigstens soweit „bescheinigt" (glaubhaft gemacht) sei, als nach den Gesetzen zur Anlegung eines Arrestes erforderlich ist.

2. Konnexität.

Die gegenseitigen Ansprüche müssen aus demselben rechtlichen Verhältnis entsprungen, oder wie man sagt „konnex" sein. Ob Konnexität vorliegt, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Sie liegt vor, wenn Forderung und Gegenforderung eine „natürliche oder gewollte" Einheit bilden (Goldschmidt), d. h. derart miteinander verknüpft sind, daß die Geltendmachung des einen

[1]) Der gewöhnlichste Fall des Zurückbehaltungsrechts ist der, daß A. eine Sache des B., die er im Besitze hat, wegen Verwendungen auf die Sache zurückhält. Dieser im BGB. § 273 Abs. 2 besonders hervorgehobene Fall ist im ALR. sogar allein behandelt, vgl. ALR. I, 20 § 536: „Das Zurückbehaltungsrecht besteht in der Befugnis des Inhabers einer fremden Sache, selbige so lange in seiner Gewahrsam zu behalten, bis er wegen seiner Gegenforderung befriedigt worden." Freilich ist in § 542 das Zurückbehaltungsrecht auch dem „Inhaber einer Kapitalssumme" (z.B. dem Bevollmächtigten, der eine Forderung des Vollmachtgebers eingezogen hat) zugebilligt. Nach BGB. braucht die zurückbehaltene Sache keine fremde zu sein. Auch die noch zu bewirkenden

Digitized by Google

Anspruchs ohne gleichzeitige Befriedigung des Gegenanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen würde[2]).

α. Bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen (contractus bilaterales aequales: Kauf, Miete, Gesellschaft) ist die Konnexität der beiderseitigen Ansprüche offensichtlich. Für diese Verträge gelten jedoch besondere Vorschriften und es kommen insbesondere für das BGB. nicht die für das Zurückbehaltungsrecht im Allgemeinen gegebenen §§ 273, 274, sondern die §§ 320 ff. zur Anwendung[3]), vgl. unten S. 166.

β. Auch bei den contractus bilaterales inaequales (Leihe, Auftrag, Verwahrung, I, 238) ist der Zusammenhang zwischen den mit der actio directa zu verfolgenden Hauptansprüchen und den mit der actio contraria zu verfolgenden Gegenansprüchen für Aufwendungen und wegen Beschädigung (BGB. §§ 601, 670, 693, 694) zweifellos[4])

---

eigenen Leistungen, insbesondere zu übergebende eigene Sachen, können zurückbehalten werden.

[2]) Vgl. ERG. 14, 231. Wie I, 248 ausgeführt, sind Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung Anwendungsfälle der exceptio doli generalis. Sie unterscheiden sich aber sowohl in ihren Voraussetzungen (Konnexität, aber keine Gleichartigkeit bei der Zurückbehaltung, keine Konnexität, aber Gleichartigkeit bei der Aufrechnung) als auch in ihren Wirkungen (Zurückbehaltung sichert nur, Aufrechnung tilgt; unten S. 166).

[3]) Ein wesentlicher Unterschied zwischen diesen beiden Arten des Zurückbehaltungsrechts liegt darin, daß bei den gegenseitigen Verträgen, weil jede Leistung von vornherein den Charakter einer Gegenleistung hat, jeder Teil gegen seine Leistung Zug um Zug die wirkliche Leistung vom Gegner beanspruchen darf, während das Zurückbehaltungsrecht durch bloße Sicherheitsbestellung abgewendet werden kann (BGB. § 273 Abs. 3, unten S. 167).

Ferner hat der das Zurückbehaltungsrecht Ausübende dessen Voraussetzungen zu beweisen, während der aus einem gegenseitigen Vertrage Verklagte nur zu behaupten braucht, daß die dabei begrifflich vorausgesetzte Gegenleistung des Klägers noch aussteht (sog. exceptio non adimpleti contractus, unten S. 208).

[4]) Vgl. insbesondere noch Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 § 32: „Der Rechtsanwalt ist nicht verpflichtet, vor Empfang seiner Auslagen und Gebühren die Handakten (also vor allem auch nicht den — einen Teil dieser bildenden — Vollstreckungstitel) dem Auftraggeber herauszugeben."

Digitized by Google

und auf diese Fälle sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 273, 274 anwendbar. Ein das Zurückbehaltungsrecht begründender rechtlicher Zusammenhang liegt vielfach aber auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses vor. Abgesehen von dem Anspruche des negotiorum gestor auf Ersatz seiner Aufwendungen (BGB. § 683) und des Schuldners auf Quittungsleistung (§ 368) gehören hierher die Fälle, in denen ein zur Herausgabe eines Gegenstands Verpflichteter einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens hat (BGB. § 273 Abs. 2). Dies trifft zB. bei dem vom Eigentümer auf Herausgabe einer körperlichen Sache belangten Besitzer hinsichtlich der Verwendungen auf die Sache (I, 276[10]) und bei dem Finder hinsichtlich seiner Aufwendungen und des Finderlohns zu (BGB. §§ 1000, 972, (vgl. noch § 292). Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene, unerlaubte Handlung (zB. Diebstahl, Betrug, Unterschlagung) erlangt ist (BGB. § 273 Abs. 2).[5])

---

[5]) Aus dem Erfordernisse der Konnexität folgt, daß — abgesehen von dem, besonderen Vorschriften unterworfenen kaufmännischen Retentionsrecht, S. 168 — nicht etwa jeder Schuldner wegen einer beliebigen Gegenforderung die von ihm geschuldete Leistung zurückhalten kann. Wenn also A. dem B. eine Sache leiht, so kann B. sie zwar wegen Aufwendungen, aber nicht zB. wegen einer Darlehensforderung gegen A. zurückhalten.

In Ausnahmefällen ist das Zurückbehaltungsrecht trotz vorhandener Konnexität ausgeschlossen und wird andererseits trotz nicht vorhandener Konnexität gewährt:

α. Trotz vorhandener Konnexität ist das Retentionsrecht nach BGB. ausgeschlossen: bezüglich der Vollmachtsurkunde (§ 175), hinsichtlich eines durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten Gegenstands (§ 273 Abs. 2, siehe oben), hinsichtlich eines gemieteten oder gepachteten Grundstücks (§§ 556 Abs. 2, 581 Abs. 2). Dagegen hat das BGB. (wie schon ALR. I, 14 § 77) den gemeinrechtlichen Ausschluß der Retention gegenüber der **actio depositi directa** (l. 11 C. 4, 34) nicht übernommen.

β. Trotz nicht vorhandener Konnexität wurde gemeinrechtlich ein Zurückbehaltungsrecht gewährt im Falle des sog. **pignus Gordianum**. Gordian verordnete (239 n. Chr.) in

Digitized by Google

3. Zurückhaltung.

Endlich setzt das Zurückbehaltungsrecht, wie schon der Name besagt, voraus, daß der Zurückhaltende im Besitze der Sache ist und bleibt. Durch freiwilligen oder unfreiwilligen Besitzverlust geht das Zurückbehaltungsrecht also verloren und wird auch durch einen ausdrücklichen Vorbehalt nicht gewahrt. Ob die Rückgabe des Besitzes verlangt werden kann, entscheidet sich nach den Vorschriften über die Wiedereinräumung des Besitzes (BGB. § 861); auf Grund des Zurückbehaltungsrechts als solchen kann die Rückgabe nicht verlangt werden.

b. Wirkungen.

1. Das Zurückbehaltungsrecht soll den Schuldner davor bewahren, daß er eine Leistung bewirken muß, während eine mit dieser im rechtlichen Zusammenhange stehende, ebenfalls fällige Gegenleistung noch aussteht. Diesem Zweck entsprechend kann die Zurückhaltung nur zur Sicherstellung,[6]) nicht wie die Aufrechnung und die Pfandbestellung zur Befriedigung des Gläubigers dienen (anders das kauf-

---

l. unica § 2 C. 8, 26: „Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris." Danach sollte der Pfandgläubiger nach Tilgung der durch das Pfand gesicherten Forderung an diesem wegen etwaiger anderer persönlicher (sog. chirographarischer, d. h. bloßer Schuldschein-) Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht haben. Das BGB. hat diesen Fall eines Zurückbehaltungsrechts wegen nicht konnexer Forderungen nicht übernommen und andere Ausnahmefälle nicht geschaffen.

[6]) Will der retinierende Schuldner sich wegen seiner Forderung aus den zurückbehaltenen Gegenständen befriedigen, so muß er gegen den Gläubiger klagen und auf Grund des hierbei erwirkten Urteils die zurückgehaltenen Gegenstände bei sich pfänden lassen (CPO. § 809, bisher § 713). Nur beim Anspruche des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen ist im BGB. § 1003 ein erleichtertes Verfahren zugelassen. Der Besitzer kann den Eigentümer zur Genehmigung der Ersatzforderung binnen bestimmter Frist auffordern und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken nach dem Zwangsversteigerungsgesetze vom 24. März 1897 suchen.

Digitized by Google

männische Retentionsrecht, S. 169). Daher kann der Gläubiger (außer bei den gegenseitigen Verträgen, S. 207) nach BGB. § 273 Abs. 3 die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung (gemäß §§ 232 ff.; vgl. III, 640) abwenden, wobei aber die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen ist.

Die Vorschützung der exceptio retentionis hat nicht, wie die sonstiger verzögerlicher Einreden, die Folge, daß eine Abweisung zur Zeit (I, 251[10]) eintritt; vielmehr ist nach dem mit der bisherigen Praxis übereinstimmenden § 274 BGB. der Schuldner zur Leistung gegen Empfangnahme der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen[7]).

2. Das Zurückbehaltungsrecht begründet nur ein persönliches, kein dingliches Recht. Es kann weder im Konkurse geltend gemacht (auch hier wieder anders das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, KO. § 49[4], bisher 41[8]), noch von dem Besitzer einer herauszugebenden Sache einem Anderen entgegengesetzt werden als dem, dem gegenüber die Verwendungs- oder Schadensersatzforderung besteht, also insbesondere nicht Einzelnachfolgern oder Pfandgläubigern[8]).

3. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts hemmt nicht die Verjährung des gegen den Zurückhaltenden begründeten Anspruchs (BGB. § 202, III, 605).

---

[7]) Über das Vorgehen des Gläubigers bestimmt § 274 Abs. 2: „Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist." Vgl. ferner neue CPO. §§ 726[2], 756, 765.

[8]) Soweit eine Verwendung in den Nutzen einer Sache (**versio in rem**) erfolgt ist, besteht der Verwendungsanspruch und daher auch das Zurückbehaltungsrecht gegenüber jedem, der mit der Sache auch den durch die Verwendung bewirkten Vorteil erlangen würde. Insoweit wirkt das Zurückbehaltungsrecht auch der Konkursmasse gegenüber: nach KO. § 49[3] (bisher § 41[7]) stehen den Pfandgläubigern gleich, sind also absonderungsberechtigt „diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache"; vgl. ebenso ALR. I, 20 § 547.

Digitized by Google

c. Handelsrechtliche Zurückbehaltungsrechte.

1. Das Handelsgesetzbuch hat die in ihm geregelten Zurückbehaltungsrechte mit dinglicher Wirkung ausgestattet und dadurch gesetzlichen Pfandrechten gleichgestellt, so auch im Konkurse (KO. § 49[4], bisher 41[3]). Hierzu gehören die Pfandrechte des Kommissionärs (HGB. § 397, früher Art. 374), Spediteurs (§ 410, früher Art. 382), Lagerhalters (§ 421), Frachtführers im Binnenverkehr (§ 440, früher Art. 409), Verfrachters im Seeverkehr (§§ 623, 674, früher Art. 624, 675). Bei ihnen zeigt sich die Entstehung aus Zurückbehaltungsrechten darin[9]), daß sie mit dem Besitzverlust erlöschen (S. 165); nur das Pfandrecht des Frachtführers bleibt 3 Tage, das des Verfrachters an beförderten Gütern 30 Tage nach der Auslieferung des Gutes in Kraft (sog. Folgerecht).

2. Eine nach Voraussetzungen und Wirkungen besondere Gestaltung hat das Zurückbehaltungsrecht unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (sog. kaufmännisches Retentionsrecht) erfahren, das in HGB. §§ 369—372 (bisher Art. 313—316) geregelt ist.

α. Von den sonst notwendigen Voraussetzungen (S. 163) fällt die Konnexität fort: das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§ 369, bisher Art. 313) besteht wegen aller fälligen Forderungen an den beweglichen Sachen und Wertpapieren (also nicht, wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht, auch an anderen Leistungsgegenständen, S. 163) des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, es sei denn, daß die Zurückbehaltung des Gegenstands

---

[9]) Beim Pfandrechte des Kommissionärs zeigt sich diese Grundlage ferner auch darin, daß der Kommissionär ein nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften zu verwirklichendes Zurückbehaltungsrecht auch dann hat, wenn er Eigentümer des Gutes ist (HGB. § 398). Ein Zurückbehaltungsrecht an eigenen, dem Gegner geschuldeten Sachen ist denkbar (S. 163[1]), nicht aber ein Pfandrecht an eigenen (beweglichen, II, 561[3]) Sachen.

Digitized by Google

der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Empfänger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet. Ist der Schuldner im Vermögensverfall (Konkurs, Zahlungseinstellung, fruchtlose Zwangsvollstreckung), so fällt weiter die Voraussetzung der Fälligkeit der Forderung, wegen deren die Zurückhaltung geschieht, fort und die Zurückhaltung wird selbst durch eine entgegenstehende Anordnung des Schuldners oder übernommene Verpflichtung des Gläubigers nicht ausgeschlossen, sofern der Vermögensverfall dem Gläubiger erst später bekannt geworden ist (§ 370, bisher Art. 314).

ρ. Die Befriedigung (§ 371, bisher Art. 315) erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB., ist jedoch in einer Beziehung erleichtert, in einer anderen erschwert. Einerseits nämlich beträgt die Frist zwischen Verkaufsandrohung und Verkauf nur 1 Woche, nicht, wie nach BGB. § 1234, 1 Monat. Andererseits ist der Verkauf nur beim Vorliegen eines vollstreckbaren Titels (I, 341[9]) zulässig, während der Pfandgläubiger zu dem ihm durch BGB. §§ 1228 ff. gewährten Privatverkaufsrecht (II, 581[2]) eines vollstreckbaren Titels nicht bedarf.

§ 86. Natürliche Verbindlichkeiten.

Mit dem Ausdrucke „natürliche Verbindlichkeiten" (obligationes tantum naturales, l. 5 pr. D. 20, 1, im Gegensatze zu den obligationes civiles, unvollkommene Schuldverhältnisse) begreift man eine Anzahl verschieden gearteter Schuldverhältnisse, deren Zusammenfassung unter einen Begriff wegen eines ihnen allen gemeinsamen Merkmals begründet ist: sie können nämlich nicht durch Klage geltend gemacht werden, ziehen aber doch gewisse rechtliche Wirkungen nach sich und sind deshalb immerhin Schuldverhältnisse. Diese Wirkungen sind nicht stets dieselben (unten S. 171) und deshalb für jeden Fall

Digitized by Google

besonders festzustellen.[1]) Bei allen dem erwähnten Begriffe zu unterstellenden Schuldverhältnissen findet sich jedoch eine Wirkung: die Schuldverpflichtung ist erfüllbar. Erfolgt daher auf eine natürliche Verbindlichkeit in Unkenntnis ihrer Klaglosigkeit eine Leistung, so ist die Rückforderung (condictio indebiti) ausgeschlossen. Geschieht die Leistung in Kenntnis der Klaglosigkeit, so gilt sie als zur Erfüllung einer rechtlich anerkannten Verpflichtung geschehen und daher nicht als unentgeltliche Verfügung (Schenkung); sie unterliegt deshalb nicht den für diese geltenden Vorschriften, insbesondere nicht der erleichterten Anfechtung (KO. § 32, bisher § 25; I, 366[18]), dem Widerruf (BGB. §§ 528 ff.) und der landesgesetzlich (zB. nach dem PrG. vom 24. Mai 1891 § 4) für Schenkungen etwa bestehenden Stempelpflicht.

Die Fälle, in denen „zahlbare, nicht klagbare" (Brinz) Verbindlichkeiten anerkannt werden, lassen sich auf einen gemeinsamen Grundgedanken nicht zurückführen.[2]) Auch das BGB.[3]) hat die „natürlichen Verbindlichkeiten"

---

[1]) Das hat Schwanert, die Naturalobligation des rR. (1861) nachgewiesen, während die bis dahin herrschende Meinung die Naturalobligation als ein einheitliches Rechtsinstitut mit all den Wirkungen ansah, die in den Quellen für einzelne Fälle anerkannt waren. Vor allem fragt es sich, ob die natürliche Verbindlichkeit die genügende Grundlage eines Schuldanerkenntnisses oder einer Bürgschafts- und Pfandbestellung abgeben und so mittelbar klagbar werden und ob sie zur Aufrechnung benutzt werden kann.

[2]) Die herrschende Meinung (Savigny, Puchta) behauptet, daß die Naturalobligationen dem **jus gentium** (I, 162) entstammen (vgl. Paulus in l. 84 § 1 D. 50, 17: **Is natura debet, quem jure gentium dare oportet**). Nach Dernburg handelt es sich um einen Gegensatz von bürgerlicher Gesellschaft und Staat: von jener (der Sitte) werden gewisse Verbindlichkeiten aus Gründen des geschäftlichen Kredits und des Anstands anerkannt, während der Staat (das Gesetz) ihnen keinen positiven Rechtsschutz gewährt, aber den in Übereinstimmung mit der Sitte hergestellten Zustand als rechtsgültig aufrechterhält. Dieser Gedanke liegt auch den meisten der im BGB. anerkannten Fälle zu Grunde.

[3]) a. Nach römischem Recht waren Naturalobligationen:
1. Die Verträge der Bürger mit Sklaven und der Sklaven untereinander (l. 13 pr. D. 12, 6, l. 14 D. 44, 7), ferner die Verträge des Hausvaters mit seinen Gewaltunterworfenen und dieser untereinander, besonders mit Beziehung auf ihr **peculium**

Digitized by Google

nicht als eigenartiges, einheitlichen Regeln unterstehendes Rechtsinstitut anerkannt, sondern nur einzelne Fälle geordnet:

a. Die umfassendste Bedeutung hat § 814. Hiernach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den

---

profecticium (III, 508); vgl. hierüber die berühmte crux (I, 136) „Frater a fratre", l. 38 D. 12, 6. Hiervon ist nichts in das Gemeine Recht übergegangen; insbesondere sind die von Hauskindern untereinander oder (von minderjährigen unter Zuziehung eines Pflegers) mit dem Hausvater abgeschlossenen Geschäfte vollgültig und klagbar.

2. Die von impuberes ohne tutoris auctoritas (III, 132[2]) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte verpflichten sie an sich nicht einmal „naturaliter"; vgl. l. 41 D. 12, 6: „Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet." Dennoch sind diese Geschäfte Naturalobligationen, denn sie können nicht nur von den verpflichtungsfähig gewordenen Schuldnern oder mit Genehmigung des Vormunds und von Dritten gezahlt, in eine Stipulationsschuld umgeschaffen (noviert) und anerkannt werden, sondern bilden auch eine genügende Unterlage für Pfand- oder Bürgschaftsbestellung durch Dritte. Dies gilt auch nach Gemeinem Recht und zwar auch für mündige Minderjährige.

3. Darlehensschulden der Hauskinder sind nur Naturalobligationen; denn der condictio mutui kann die exceptio S. C. Macedoniani (II, 697) entgegengesetzt werden. Sie sind andererseits zahlbar (l. 26 § 9, l. 40 pr. D. 12, 6) und geben für Pfandbestellung, Bürgschaft, Erfüllungsversprechen durch Dritte oder die hausunabhängig gewordenen Schuldner eine Grundlage ab (l. 9 § 3—l. 11 D. 14, 6). Dies gilt auch für das Gemeine Recht. Ob Darlehensschulden der Hauskinder auch zur Aufrechnung benutzt werden können, ist streitig.

Auf diesen Fall stützen die Quellen den Satz, daß eine naturalis obligatio stets übrig bleibe, wenn die die Klaglosigkeit herbeiführende Einrede nicht „in favorem debitoris", sondern „in odium creditoris" gewährt sei (l. 19 pr. D. 12, 6).

4. In einigen Fällen sinkt eine von vornherein vollgültige Schuld zu einer klaglosen Naturalobligation herab, insbesondere durch Verjährung (vgl. III, 617) und ungerechtfertigte Abweisung des Klägers (l. 28, l. 60 pr. D. 12, 6).

5. Endlich hat das rR. in einzelnen Fällen anerkannt, daß eine ohne rechtliche Grundlage, aber in Erfüllung einer der Sitte und dem Anstand entsprechenden Pflicht gemachte Leistung nicht zurückgefordert werden kann; so formlos versprochene und deshalb klaglose Zinsen (l. 11 § 3 D. 13, 7, l. 5 § 2 D. 46, 3) und die

Digitized by Google

Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach".[4]) Weitere Folgen haben diese sog. Anstandspflichten nicht. Insbesondere können sie nicht zur Aufrechnung benutzt oder durch Pfand oder Bürgschaft gesichert werden.

---

in der irrigen Annahme des Bestehens einer Verpflichtung gewährte dos (l. 32 § 2 D. 12, 6: „**Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.**" Vgl. auch noch l. 26 § 12 D. 12, 6 über die operae eines Freigelassenen, I, 85).

b. Das Pr. Allg. Landrecht sagt in Einleitung § 86: „Rechte, welche durch Gesetze nicht unterstützt werden, heißen unvollkommen, und begründen keine gerichtliche Klage oder Einrede." Dennoch sind diesen „unvollkommenen Rechten" gewisse rechtliche Wirkungen beigelegt:

1. Nach ALR. I, 16 § 179 ist allgemein die Rückforderung des in der irrigen Annahme einer erzwingbaren Verpflichtung Gezahlten (condictio indebiti) ausgeschlossen, wenn eine auch nur unvollkommene Pflicht zur Zahlung vorlag. Diese Regel ist im Einzelnen ausdrücklich angewendet in I, 11 § 578 (keine Rückforderung des im erlaubten Spiele Verlorenen und Gezahlten), I, 16 § 184 vgl. I, 5 §§ 146, 156 (keine Rückforderung des auf ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft Gezahlten), II, 2 § 138 (keine Rückforderung des von einem Verpflichtungsfähigen auf nicht genehmigte, daher an sich ungültige Schulden eines Hauskindes Gezahlten); vgl. ferner I, 11 § 676 (keine Klage aus Darlehen, die ohne königliche Genehmigung an Mitglieder des preußischen Königshauses gewährt sind; freiwillige Zahlung zulässig, keine Rückforderung).

2. Nach I, 5 § 185 macht das schriftliche Anerkenntnis eines der Schriftform entbehrenden und deshalb ungültigen Vertrags diesen mit rückwirkender Kraft gültig.

3. Nach I, 11 § 558 (Anhang § 18) kann der Unternehmer einer Lotterie den Einsatz für auf Borg gegebene Lose nicht einklagen, sondern nur gegen den etwa auf die Lose gefallenen Gewinn aufrechnen. Rückforderung des freiwillig Gezahlten ist auch hier ausgeschlossen.

[4]) Eine nur diesen Beweggründen folgende Leistung ist keine Schenkung; denn der Leistende will nicht schenken, sondern handelt in der Meinung, zu der Leistung verpflichtet zu sein. Weiß er, daß er rechtlich nicht verpflichtet ist, so könnte seine Leistung allerdings Schenkung sein. Diese wird aber wegen der sie veranlassenden Beweggründe anders behandelt, als die gewöhnliche Schenkung; vgl. § 534 („Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht

Digitized by Google

b. Nach §§ 762—764 (vgl. auch Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 § 66 Absatz 3) wird durch Spiel (Differenzgeschäft, staatlich nicht genehmigten Lotterievertrag oder Ausspielvertrag) und durch Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet, das Geleistete kann aber nicht zurückgefordert werden und gilt nicht als Schenkung (Spielschulden sind Ehrenschulden, vgl. II, 492). Weitere Wirkungen hat auch diese „unvollkommene Verbindlichkeit" nicht.

Das Gleiche gilt nach § 656 hinsichtlich des (nach dem bisherigen Rechte klagbaren) Ehemäklerlohns.

c. Nach § 222 wird durch die Verjährung des Anspruchs dieser nicht beseitigt, sondern für den Schuldner nur die Möglichkeit geschaffen, den klagend geltend gemachten Anspruch durch Vorschützung der Verjährungseinrede abzuweisen. Der verjährte Anspruch bleibt im Übrigen bestehen, ist also insbesondere erfüllbar. Die Rückforderung des auf den verjährten Anspruch Geleisteten ist ausgeschlossen (§ 222 Abs. 2). Pfänder (nicht aber Bürgen, § 768) bleiben verhaftet (§ 223), ja die verjährte Forderung kann sogar zur Aufrechnung benutzt werden, freilich nur gegenüber solchen Gegenforderungen, die schon vor vollendeter Verjährung bestanden und fällig waren (§ 390, vgl. über alles dies III, 618[3]).

---

der Rückforderung und dem Widerrufe"), ferner §§ 1446 Abs. 2, 1641, 1804, 2330 und eine besondere Anwendung in § 1624 Abs. 1: „Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), gilt, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt."

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags. (BGB. §§ 305—319).

§ 87. Der Schuldvertrag. Allgemeines.

a. Schuldvertrag und einseitiges Versprechen.

Zur Begründung eines auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnisses (S. 9) genügt entweder ein einseitiges Rechtsgeschäft oder es wird die übereinstimmende Willenserklärung mehrerer Personen, ein Schuldvertrag, erfordert.

Das BGB. stellt an die Spitze des zweiten Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse (II. Buch) den Satz (§ 305): „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt." Damit ist der auch für das bisherige Recht (S. 175) geltende Grundsatz ausgedrückt, daß (unter Lebenden, s. u.) ein einseitiges Rechtsgeschäft nur ausnahmsweise und bei ausdrücklicher gesetzlicher Anerkennung ein Schuldverhältnis zu begründen vermag. Solche Ausnahmefälle, bei denen schon das einseitige mit dem Verpflichtungswillen abgegebene Versprechen, auch wenn es nicht angenommen ist, das Schuldverhältnis begründet, finden sich aber, wie schon im bisherigen Rechte, so auch im BGB. Soweit dies der

Digitized by Google

Fall ist, kommen die für Schuldverträge geltenden Vorschriften auf diese einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäfte zur rechtsähnlichen Anwendung, wenngleich dies im BGB. nicht besonders ausgedrückt ist.

1. Das römische Recht (Titel D. 50, 12 De pollicitationibus) machte von der grundsätzlichen Unverbindlichkeit der einseitigen Verpflichtungserklärung (pollicitatio) zwei Ausnahmen:

α. Verpflichtend ist die aus gerechtfertigter Veranlassung (besonders ob honorem, aber auch propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae rei publicae contingit, l. 4 D. 50, 12) erfolgende pollicitatio zu Gunsten einer Stadtgemeinde. Ohne eine solche justa causa haftet der Versprechende nur, wenn die versprochene Leistung mindestens begonnen ist.[1]) Im Falle der Verarmung haftet der Versprechende nur mit $^1/_5$ seines Vermögens, ebenso haften seine Erben nur mit $^1/_5$, Abkömmlinge sogar nur mit $^1/_{10}$ des Ererbten.

β. Ferner wird durch votum, d. h. durch ein einseitiges Versprechen zu einem frommen Zweck, eine Verpflichtung des Versprechenden begründet (l. 2 D. 50, 12).

Über dotis dictio und jurata operarum promissio vgl. unten S. 181[1].

2. Das Gemeine Recht hat die pollicitatio (unter Erweiterung zu Gunsten aller öffentlichen Anstalten, vgl. zB. ERG. 15, 213: Beitragserklärung für eine vom Fiskus zu erbauende Bahn) und das votum (vgl. c. 18 X. 3, 39) übernommen. Ferner aber wurde unter der Einwirkung deutschrechtlicher Ideen[2]) der einseitigen Verpflichtung auch

[1]) Vgl. l. 3 pr. D. 50, 12: „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum.“ An anderen Stellen bedeutet pollicitatio übrigens (formlosen) Vertrag, zB. l. 43 § 1 D. 18, 1; l. 5 C. 8, 37, so insbesondere bei der pollicitatio dotis l. 6 C. 5, 11.

[2]) Insbesondere hat Siegel (das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873) dargethan, daß die deutsche Rechts-

Digitized by Google

noch in weiteren Fällen verbindliche Kraft beigelegt, so vor allem der Auslobung (falls man diese nicht mit Windscheid für einen Vertrag mit einer unbestimmten Person ansieht) und — bei Zugrundelegung der sog. Kreationstheorie — der Ausgabe von Inhaberpapieren.

3. Das BGB. hat pollicitatio und votum nicht übernommen,[3]) erkennt aber gleichfalls von dem in § 305 zum Ausdrucke gelangten Grundsatze der Unverbindlichkeit einseitiger Verpflichtungserklärungen einige Ausnahmen an. Nach §§ 81, 82 ist der Stifter nach Genehmigung der Stiftung, sein Erbe schon nach Einreichung des Stiftungsgesuchs bei der zuständigen Behörde gebunden (III, 170). Nach §§ 657, 658 wird durch die öffentliche Bekanntmachung des Aussetzens einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung und nach § 793 durch Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber eine Verpflichtung des Erklärenden begründet. Hierüber ist unten bei der Lehre von der Auslobung und von den Inhaberpapieren zu sprechen. Zu erwähnen ist auch die nach BGB. bestehende bindende Kraft des Vertragsantrags (III, 461), wenngleich dadurch noch kein Schuldverhältnis geschaffen wird, sowie der Fall, daß jemand durch seine Erklärung nicht sich, sondern einen Anderen zum Schuldner macht, zB. der Erblasser den Erben.

b. Schuldvertrag und dinglicher Vertrag.

Wie III, 352 und 461[1] dargelegt, beschränkt sich der Begriff des Vertrages nicht auf das Recht der Schuld-

---

auffassung das Hauptgewicht auf den Verpflichtungswillen des Schuldners, die römische (wie die Form der stipulatio zeigt) auf den Erwerbungswillen des Gläubigers gelegt hat.

[3]) Ebenso bestimmt ALR. I, 5 § 5: „Bloße Gelübde haben, als bloß einseitige Versprechen, nach bürgerlichen Gesetzen keine Verbindlichkeit," vgl. jedoch § 6 („Hat der Erblasser ein Gelübde zu erfüllen angefangen, so wird vermutet, daß er den Erben zu dessen Vollendung habe verpflichten wollen") sowie I, 11 §§ 988ff. (die Aussetzung einer öffentlichen Belohnung auf nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen ist einseitig bindend).

Digitized by Google

verhältnisse; es giebt vielmehr auch dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Verträge. Immerhin sind die Schuldverträge die wichtigsten im Rechtsverkehre vorkommenden Geschäfte und gewissen gemeinsamen Rechtsnormen unterstellt. Während das BGB. die für alle Verträge zur Anwendung kommenden Regeln im allgemeinen Teil (Dritter Abschnitt, Dritter Titel, Vertrag, §§ 145—157) behandelt, sind die die Schuldverträge betreffenden besonderen Vorschriften im zweiten Abschnitte des Zweiten Buchs (§§ 305 ff.) wiedergegeben.

Die Schuldverträge dienen dem Umsatze der Güter zwecks Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse. Durch den Schuldvertrag verspricht der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung. Dadurch wird der bezweckte Güteraustausch also erst in Aussicht gestellt, aber noch nicht vollzogen. Zur Erreichung des Güterumsatzes bedarf es also ferner der Bewirkung der Leistung, wodurch der Schuldvertrag erst erfüllt wird. So kann man bei jedem Schuldvertrage zwei Vorgänge begrifflich[4]) auseinanderhalten: den *Begründungsakt* und den *Erfüllungsakt*.

Die wichtigsten dem Güteraustausche dienenden Schuldverträge sind diejenigen, bei denen durch den Schuldvertrag ein Gegenstand (Sache oder Recht) aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers überführt werden soll. Hierbei hat die Unterscheidung zwischen dem Begründungs- und dem Erfüllungsakte noch eine besondere Bedeutung. Es fragt sich nämlich, *wann* der Schuldgegenstand aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers übergeht, wann also die durch den Schuldvertrag bezweckte dingliche Wirkung eintritt?[5])

[4]) Dagegen ist es natürlich nicht erforderlich, daß diese Vorgänge auch *zeitlich* auseinanderfallen. Vielmehr fallen bei den meisten Geschäften des täglichen Lebens (Bargeschäften, im Gegensatze zu den Kreditgeschäften) Begründung und Erfüllung zeitlich zusammen.

[5]) Die Bedeutung dieser Frage ist sehr groß. Es handelt sich vor allem darum, wie lange der Schuldner noch mit rechtlicher Wirkung über den Schuldgegenstand verfügen kann, wie lange sich seine Gläubiger noch daran halten können und wann die Gefahr auf den Gläubiger übergeht.

Digitized by Google

Die Gesetzgebung hat bei Beantwortung dieser Frage verschiedene Wege eingeschlagen.

1. Der Code civil legt dem Begründungsvorgang allein die volle Wirkung der Überführung des Schuldgegenstands in das Eigentum des Gläubigers bei.[6])

2. Nach ALR. begründet zwar der Schuldvertrag (titulus) nur ein persönliches Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger, und erst die Leistung (Übergabe, modus) zieht den Eigentumsübergang nach sich (II, 527[2]). Wenn es sich aber hierbei um das Geben einer bestimmten Sache handelt, so wird durch den Schuldvertrag ein „Recht zur Sache" geschaffen, kraft dessen der Gläubiger die Hergabe des Schuldgegenstands nicht nur vom Schuldner, sondern von jedem Dritten verlangen kann, der den Gegenstand in Kenntnis des für den Gläubiger begründeten Rechts zur Sache erworben hat; vgl. über das jus ad rem und seine Beseitigung durch die Pr. Grundbuchgesetzgebung II, 469[1].

3. Nach Gemeinem Recht und BGB. hat der Schuldvertrag ausschließlich persönliche (obligatorische) Wirkungen unter den Vertragschließenden. Die durch den Schuldvertrag bezweckte dingliche Wirkung, nämlich die Überführung des Gegenstands aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers, tritt erst mit der Erfüllung ein. Die sorgsame Auseinanderhaltung des Begründungsvorgangs mit seiner nur persönlichen und des Erfüllungsvorgangs mit seiner dinglichen Wirkung[7]) hat

[6]) Vgl. Code civil Art. 711: La propriété des biens s'acquiert et se transmet ... par l'effet des obligations; Art. 1138: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire; endlich für den Kauf Art. 1583: La vente ... est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Dies gilt nach dem — in das neue HGB. natürlich nicht übernommenen — Art. 345 Abs. 3 des alten HGB. auch für den Handelskauf.

[7]) Begründungs- und Erfüllungsvorgang fallen bisweilen zusammen, so besonders beim Verkauf einer Forderung; vgl. hierüber unten S. 312[12].

Digitized by Google

dazu geführt, den letzteren als ein selbständiges Rechtsgeschäft (sog. dinglichen Vertrag) aufzufassen, dem gegenüber der Schuldvertrag fast zu einem bloßen Beweggrunde herabsinkt: A. übergiebt dem B. das Pferd X. zu Eigentum, läßt ihm das Grundstück Y. auf, tritt ihm die Forderung an Z. ab, weil er ihm Pferd, Grundstück, Forderung verkauft hat.

Wie nun aber für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt die Rechtsbeständigkeit der sie veranlassenden Beweggründe unerheblich ist (III, 357), so ist auch der dingliche Vertrag von dem ihn veranlassenden Schuldvertrag unabhängig, also ein abstraktes Rechtsgeschäft in dem III, 361 dargelegten Sinne. Ist der dingliche Vertrag an sich rechtsbeständig, so treten die durch ihn bezweckten Wirkungen, nämlich die Überführung des Vertragsgegenstands in das Vermögen des Gläubigers, auch dann ein, wenn der Schuldvertrag, dessen Erfüllung der dingliche Vertrag zu dienen bestimmt ist, nichtig oder anfechtbar ist.[5]) Eine andere Frage ist, ob die durch den (abstrakten) dinglichen Vertrag herbeigeführte Vermögensüberführung dauernden Bestand hat. Dies ist nur der Fall, wenn der unterliegende Schuldvertrag rechtsbeständig ist. Anderenfalls wird die eingetretene Rechtsänderung unter dem Gesichtspunkte der „ungerechtfertigten Bereicherung" wieder aufgelöst, soweit dies bei diesem nur persönlich wirkenden Rechtsbehelfe noch möglich ist; vgl. hierüber III, 362.

Als (abstrakte) dingliche Verträge behandelt das BGB. den Forderungserlaß (§ 397), die Abtretung (§ 398), die

[5]) Daher genügt nach BGB. § 873 zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke die in der Form der Auflassung (§ 925) kund zu gebende Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt des Eigentumsübergangs und ähnlich nach § 929 zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache deren Übergabe durch den Eigentümer an den Erwerber, sofern beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Der Eigentumsübergang vollzieht sich also in beiden Fällen ohne Rücksicht auf Art und Beschaffenheit des unterliegenden Schuldvertrags. Ebenso beim Erlaß (S. 297) und der Abtretung (S. 305).

Digitized by Google

auf Eigentumsübertragung und Belastung eines Grundstücks sowie auf Übertragung oder Belastung des Rechts an einem Grundstücke gehende „Einigung" der Beteiligten (§ 873, vgl. § 875), endlich auch die Übergabe einer beweglichen Sache (§ 929; vgl. III, 365[9]).

c. Erfordernisse des Schuldvertrags.

Die Begründung des Schuldvertrags erfordert zuweilen eine besondere Rechtsform, ohne deren Beobachtung er nichtig ist. Hierüber ist in § 88 zu sprechen. Auch der Inhalt des Schuldvertrags weist gewisse Erfordernisse auf. Er ist nur rechtswirksam, wenn die versprochene Leistung möglich, erlaubt und bestimmbar ist (unten § 89 a—c). Dagegen ist, wenigstens nach BGB. (S. 206), kein Erfordernis des Schuldvertrags, daß die darin versprochene Leistung einen Vermögenswert hat (unten § 89 d).

§ 88. Begründung des Schuldvertrags.

a. Römisches Recht.

Das ältere römische Schuldrecht (vgl. I, 163 und II, 480) beruhte auf dem Gegensatze von contractus und pactum. Nicht jeder „duorum pluriumve in idem placitum consensus" (l. 1 § 2 D. 2, 14) begründete eine klagbare Verpflichtung. Vielmehr war Voraussetzung der Klagbarkeit und damit der Vollwertigkeit eines Schuldvertrags, daß er unter Beobachtung einer bestimmten Rechtsform (causa civilis) geschlossen war. Nur dann lag ein mit civilrechtlicher actio ausgestatteter Schuldvertrag (contractus) vor. Den contractus gegenüber hießen die einer causa civilis entbehrenden, daher — wenigstens nach Civilrecht, S. 195 — klaglosen Verträge: pacta.

1. Contractus.

Als causae civiles kommen im entwickelten römischen Recht in Betracht: verba, litterae, res, consensus. Danach sind vier Gruppen von contractus zu unterscheiden: Verbal-

Digitized by Google

kontrakte, begründet in einer gewissen Wortform, Litteralkontrakte, beruhend auf einer Schriftform, Realkontrakte, d. h. auf Rückgabe gehende Schuldverträge, bei denen die Verpflichtung zur Rückgabe durch die Hingabe begründet wird, und Konsensualkontrakte, bei denen ausnahmsweise die bloße Willenseinigung einen klagbaren Schuldvertrag erzeugt.

α. Verbalkontrakte.

Der wichtigste[1]) und im späteren Rechte — wenigstens für die Begründung[2]) von Schuldverhältnissen — allein noch bedeutungsvolle Verbalkontrakt ist die Stipulation.

1) Stipulatio[3]) ist ein Formalvertrag, der geschlossen wird durch eine Anfrage des Gläubigers (reus stipulandi, stipulator; stipulari = ausbedingen, sich versprechen lassen) an den Schuldner, ob er sich zu einer bestimmten Leistung verpflichte, und der bejahenden, mit der Frage wörtlich übereinstimmenden Antwort des Schuldners (reus promittendi, promissor). Ursprünglich waren

[1]) Andere Verbalkontrakte sind, abgesehen von dem nur dem ältesten jus civile angehörenden nexum (I, 157): das eidliche Versprechen eines Freigelassenen zur Leistung von Diensten (jurata operarum promissio, I, 85) und das mündliche Versprechen einer Mitgift (dotis dictio) seitens einer Frau oder des von ihr angewiesenen Schuldners oder eines ihrer Vorfahren väterlicherseits. Beide Akte bedurften nicht der Stipulationsform, um den Versprechenden zu verpflichten, wohl aber der Annahme seitens des Gläubigers. Dies ist aber sehr bestritten; viele zählen diese Vorgänge zu den Fällen gültigen, einseitigen Versprechens (oben S. 175).

[2]) Wohl aber erhielt sich für die Aufhebung von Schuldverhältnissen ein der stipulatio genau entsprechender Wortvertrag, die acceptilatio. Hierbei fragt der bisherige Schuldner den Gläubiger, ob er befriedigt sei (Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Acceptum habeo). Das Nähere ist unten bei der Lehre von der Quittung (S. 261[16]) und dem Erlaßvertrage (S. 298) darzustellen.

[3]) Vgl. Institutionentitel 3, 15 (De verborum obligatione), Digestentitel 45, 1 (De verborum obligationibus), Kodextitel 8, 37 (De contrahenda et committenda stipulatione). Über die Bedeutung des Wortes stipulatio sagt pr. J. 3,15: quae hoc nomine inde utitur, quia „stipulum“ apud veteres „firmum“ appellabatur, forte a stipite descendens.

Digitized by Google

bestimmte Wortformeln vorgeschrieben. Die älteste, von einer Weinspende begleitete, religiöse und daher nur unter römischen Bürgern anwendbare Form war die sponsio (I, 161): „Decem dare spondes?“ „Spondeo.“ Später konnten irgend welche Formeln verwendet werden; nur blieb die sponsio als Form des jus civile stets auf römische Bürger beschränkt. Bei Beteiligung von Peregrinen verwandte man die Ausdrücke promittis? dabis? facies? usw. Die Vertragschließenden konnten sich nunmehr aber auch einer anderen als der lateinischen Sprache, ja für Frage und Antwort sogar verschiedener Sprachen bedienen, sofern nur alle Beteiligten dieser kundig waren. Endlich wurde durch ein Gesetz des Kaisers Leo (472 n. Chr., l. 10 C. 8, 37) die Verwendung bestimmter Wortformen überhaupt für unerheblich erklärt.[4])

Über die Stipulation pflegte eine Urkunde (cautio) aufgenommen zu werden, welche entweder nur den Stipulationsvorgang selbst bezeugt (cautio indiscreta s. quae indiscrete loquitur) oder außerdem auch das der Verpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft wiedergiebt (cautio discreta). In der republikanischen Zeit pflegte die cautio in der dritten, in der Kaiserzeit in der ersten Person[5]) abgefaßt zu werden (I, 106[6]). Allmählich trat das geschriebene Wort völlig an die Stelle des gesprochenen. War

---

[4]) § 1 J. 3, 15 ... sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utrâque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

[5]) Vgl. z.B. die „Lex Lecta“ (eine crux, I, 136) l. 40 D. 12, 1 (Paulus): Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huius modi „Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius.“

Eine solche cautio heißt „discreta“ weil sie die causa debendi (hier Darlehen) „bestimmt“ angiebt. Der Sprachgebrauch ist für den Anfänger mitunter verwirrend, weil wir als „diskret“ grade umgekehrt eine Sache bezeichnen, die verhüllt bleiben soll oder einen Menschen, der nicht sagt, was er weiß.

Digitized by Google

eine cautio aufgenommen, so wurden die Stipulationsförmlichkeiten als geschehen fingiert (§ 8 J. 3, 20: „ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum"). Damit wandelte sich der Verbalkontrakt thatsächlich in einen Litteralkontrakt um, nur daß die Parteien ihn persönlich abschließen mußten. Der Gegenbeweis gegen eine durch cautio bezeugte Stipulation war schließlich nach Justinians Vorschrift nicht mehr dahin zulässig, daß die Stipulationsförmlichkeiten nicht beobachtet seien, sondern nur dahin, daß eine der in der cautio aufgeführten Personen zur Ausstellungszeit sich nicht am Ausstellungsorte befunden habe (l. 14 § 2 C. 8, 37; § 12 J. 3, 19).

2) Aus der vorstehend geschilderten Form der stipulatio ergeben sich als Voraussetzungen ihrer Gültigkeit:

a. Beide Parteien müssen persönlich während des ganzen Vorgangs[6]) zugegen sein und einander verstehen können. Taube und Stumme können daher keine Stipulation abschließen (l. 1 pr. D. 45, 1).

---

[6]) Das rR. kannte selbst in seiner spätesten Entwickelung keine unmittelbare Stellvertretung beim Abschlusse von Schuldverträgen (III, 514), ebensowenig Verträge zu Gunsten Dritter (II, 451), unten S. 216. Bezüglich der Stipulation insbesondere galt der Satz (l. 38 § 17 D. 45, 1): **Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur.** Dagegen konnte der **stipulator** bei Abschluß der Stipulation einen Nebengläubiger (**adstipulator**) zuziehen. Dem **promissor** gegenüber waren **stipulator** und **adstipulator** Gesamtgläubiger, jeder konnte die Stipulationsschuld allein und im eigenen Namen geltend machen. Zu einander standen **stipulator** und **adstipulator** dagegen im Verhältnis von Auftraggeber und Beauftragtem. Der **adstipulator** hatte also die Stellung eines fiduziarischen Gläubigers, ähnlich wie im heutigen Wechselverkehr der „stille Prokuraindossatar" (III, 386). Das zweite Kapitel der **lex Aquilia**, das nach Einführung der **actio mandati directa** „in desuetudinem abiit" (l. 27 § 4 D. 9, 2), gab eine Ersatzklage strafrechtlicher Natur gegen den **adstipulator**, der mit dem Schuldner „**in fraudem creditoris**" einen Erlaßvertrag (**acceptilatio**) abgeschlossen hatte. Über den Unterschied zwischen **adstipulator** und **solutionis causa adjectus** vgl. S. 256.

Der Zweck der **adstipulatio** war einmal, die im früheren Rechte beschränkte Stellvertretung im Prozesse (I, 201) zu ermöglichen; ferner wurde dadurch die Unmöglichkeit einer **stipulatio post mortem suam**, d. h. zu Gunsten seiner Erben, umgangen. Im justinianischen

Digitized by Google

b. Anfrage des Gläubigers und Erklärung des Schuldners müssen ursprünglich dem Inhalte nach genau übereinstimmen. Nach klassischem Rechte (l. 1 § 4 D. 45, 1) gilt bei Abweichung zwischen Frage und Antwort dem Umfange nach, der Vertrag soweit, als Übereinstimmung vorliegt, für geschlossen. Geht aber zB. die Frage auf eine bedingte, die Antwort auf eine unbedingte Verpflichtung, so kommt ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande.

3) Die Wirkung der rechtsgültigen Stipulation ist: der Schuldner ist aus seinem Wort und nach Maßgabe seines Wortes verpflichtet. Das bedeutet: die Stipulation begründet eine selbständige (abstrakte) und in sich genau bestimmte (strikte) Verpflichtung des Schuldners.

a. Die Stipulation begründet eine abstrakte Verpflichtung des Schuldners. Der Gläubiger stützt sich bei Geltendmachung des durch die Stipulation für ihn geschaffenen Rechts ausschließlich auf die stipulatio, ohne etwa das Geschäft darlegen zu müssen, welches die Veranlassung zum Abschlusse der stipulatio gegeben hat. Der Schuldner haftet aus seiner formellen Erklärung genau so, wie heute der Akzeptant eines gezogenen Wechsels aus seinem Akzept.[7])

Allmählich trat jedoch eine Abschwächung der abstrakten Natur der Stipulation ein. Zunächst konnte der Schuldner,

---

Recht ist die adstipulatio mit Beseitigung der ihre Verwendung veranlassenden Gründe (hinsichtlich der stipulatio post mortem vgl. l. un. C. 4, 11) fortgefallen.

Auch auf der Schuldnerseite können neben dem Hauptschuldner andere Personen als Nebenschuldner (adpromissores) zugezogen werden, besonders zum Zwecke der Verbürgung. Hierüber ist bei der Bürgschaft zu sprechen.

[7]) Der römische Stipulationsverkehr hat unzweifelhafte Ähnlichkeit mit dem modernen Wechselverkehr. Auch dieser ist von einer bestimmten Form abhängig und schafft selbständige (abstrakte) und genau umschriebene (strikte) Verpflichtungen. Aber einerseits ist die Stipulation umfassender als der Wechsel, insofern sie alle Arten von Verpflichtungen in sich aufzunehmen vermag (S. 187), während der Wechsel nur reine Summenschulden enthalten darf; andererseits hat der Wechsel durch seine leichte Umlaufsfähigkeit doch eine weitaus größere wirtschaftliche Bedeutung gewonnen, als dies bei der auf die Personen der Vertragsparteien beschränkten Stipulation der Fall war.

Digitized by Google

wie bei jeder abstrakten Verpflichtung (III, 362), nachweisen, daß der durch die Stipulation formell bewirkte Rechtserwerb materiell fehlerhaft war. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Die Stipulation (und die Ausstellung der cautio) kann erfolgen entweder wegen eines in der Vergangenheit liegenden Grundes, zB. bei Umwandelung (S. 188) einer Kauf- oder Mietschuld in eine Stipulationsschuld (sog. stipulatio debiti) oder in Erwartung eines zukünftigen Umstands, zB. es wird die Rückzahlung einer Summe versprochen, die der Versprechende von dem stipulator als Darlehen erhalten soll (sog. stipulatio ob causam). Der Versprechende konnte nun im ersten Falle bei Ungültigkeit des unterliegenden Geschäfts mit einer condictio indebiti, im letzteren Falle bei Nichteintritt des vorausgesetzten Umstands mit einer condictio causa data causa non secuta sein Versprechen anfechten. Machte der Stipulator das Versprechen klageweise geltend, so konnte der beklagte Promissor der Klage mit einer exceptio doli generalis (I, 247) entgegentreten. In dem häufigen Falle, daß ein Rückzahlungsversprechen abgegeben wurde, bevor der Versprechende die Zahlung empfangen hatte, bezeichnete man die gegen die Rückzahlungsklage gerichtete exceptio doli als exceptio non numeratae pecuniae, die noch besonderen Vorschriften unterlag.[8])

[8]) Weil Darlehensempfangsscheine vielfach vor erfolgter Auszahlung des Darlehens ausgehändigt wurden, wurde in der Kaiserzeit bestimmt, daß sie erst mit Ablauf einer bestimmten Zeit nach Ausstellung den Empfang des Darlehens beweisen sollten, und auch dann nur, sofern der Aussteller sie nicht inzwischen (mit der querela oder protestatio non numeratae pecuniae) angefochten haben würde. Diese Frist betrug bis Diokletian 1 Jahr, dann 5 Jahre, seit Justinian 2 Jahre. Ebenso wie Darlehensschuldscheine erlangten umgekehrt auch Quittungen des Gläubigers (apóchae) über den Rückempfang eines Darlehens erst nach Ablauf von 30 Tagen seit Ausstellung Beweiskraft (unten S. 260[14]).

Diese die Beweislast hinausschiebende, auch in das Gemeine Recht übergegangenen Vorschriften sind reichsrechtlich beseitigt durch EGCPO. § 17: „Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden." Ähnliche Vorschriften wie das rR. enthielt ALR. I, 11 §§ 738, 739.

Digitized by Google

Solange sich nun die Beweislast hierbei so regelte, daß der stipulator als genügenden Klagegrund nur den Abschluß der Stipulation durch Vorlegung der cautio nachzuweisen brauchte, und der promissor seine Einwände als Einrede beweisen mußte, blieb die abstrakte Natur der Stipulation immer noch gewahrt. Im Corpus juris finden sich aber Stellen, aus deren Wortlaut zu folgern ist, daß nach justinianischem Rechte nur eine cautio discreta genügender alleiniger Klagegrund ist, während eine cautio indiscreta für sich keinen Klagegrund bildet, so daß der stipulator noch die „unterliegende causa" beweisen muß. Damit ist die Stipulation aus einem abstrakten zu einem kausalen Rechtsgeschäft geworden.[9])

Danach sollte bei den zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldinstrumenten die Vermutung, daß Valuta gezahlt sei, erst dann eintreten, wenn der Schuldner nicht innerhalb von 38 Tagen eine Protestation wegen nicht gezahlter Valuta im Hypothekenbuche hatte vermerken lassen. Dies ist bereits durch die PrGBO. vom 5. Mai 1872 §§ 38, 40, 70 beseitigt.

[9]) In l. 3 C. 4, 30 ist dem aus einer stipulatio ob causam und einer darüber errichteten cautio klagenden Gläubiger der Beweis aufgebürdet, wenn der Beklagte den Empfang der zurückgeforderten Summe bestreitet: „Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur." In l. 25 § 4 D. 22, 3 scheint Paulus jedoch ganz allgemein dem aus einer cautio indiscreta klagenden Gläubiger die Beweislast dafür aufzutragen, daß die darin bezeichnete Schuld rechtsgültig besteht. „Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse." Nach der herrschenden Meinung ist diese Stelle bei der Aufnahme in die Digesten mit Rücksicht auf l. 3 C. 4, 30 verändert (interpoliert, I, 135) worden.

Die ältere gemeinrechtliche Lehre hielt demgemäß daran fest, daß ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes kein selbständiges Klagefundament bilde, erkannte also nur kausale Schuldverträge an. Erst in neuerer

Digitized by Google

b. Die Stipulation ist ein negotium stricti juris (I, 238), begründet also eine streng einseitige, nach Art und Umfang genau bestimmte („strikte") Schuld. Daher haftete der promissor nur auf das ausdrücklich Versprochene, also mangels besonderen Versprechens weder für Verzugszinsen noch für Früchte, noch für sonstigen Schadensersatz bei schuldhafter Weise nicht oder nicht rechtzeitig erfüllter Verpflichtung. Ja selbst für dolus wurde nur gehaftet, wenn die doli clausula („dolum huic rei promissionique abesse abfuturumque" oder „ex fide bona" oder „recte dari fieri") in die Stipulation aufgenommen war. Während bei den bonae fidei negotia die dem Hauptgeschäfte beim Abschlusse zugefügten formlosen Nebenabreden über Art, Ort und Zeit der Erfüllung (pacta in continenti adjecta, S. 195) gültig sind, gilt bei der Stipulation nur das in diese Aufgenommene. Freilich kann zur Auslegung der Bedeutung einer Stipulation auch auf das bei ihrem Abschlusse Verhandelte Rücksicht genommen werden. Das bedeutet der Satz der lex Lecta (l. 40 D. 12, 1): „pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur."

Die Stipulation war eine für alle Arten von Schuldverpflichtungen verwendbare Rechtsform. Die römischen Juristen entwickelten an ihr die meisten der heute im sog. „Allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse" (S. 1[1]) dargestellten Grundsätze. Die Stipulation diente

---

Zeit sind (insbesondere von Otto Bähr in seinem epochemachenden Werke „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund", 1855) die abstrakten Schuldverträge zu neuem Leben erweckt worden. Diese Theorie ist im BGB. zur gesetzlichen Anerkennung gelangt. Nach den §§ 780—782 können durch schriftliches oder auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteiltes mündliches Schuldversprechen (stipulatio ob causam) und Schuldanerkenntnis (stipulatio debiti) abstrakte Schuldverpflichtungen begründet werden. Hierüber ist gegebenen Orts zu sprechen. Schon nach bisherigem Handelsrecht (HGB. Art. 301 Abs. 2, im neuen HGB. als selbstverständlich gestrichen) bedürfen übrigens kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine zu ihrer Gültigkeit nicht der Angabe des Verpflichtungsgrundes oder des Empfangsbekenntnisses der Valuta. Endlich ist auch der Wechsel ein (sogar notwendig) abstrakter Schuldvertrag.

Digitized by Google

einmal zur Begründung einer Schuldverpflichtung, indem jedes ohne anderweite Rechtsform vorgenommene und daher (S. 180) klaglose pactum (zB. ein Zinsversprechen, eine Bürgschaft, das Versprechen einer Vertragsstrafe), durch Einkleidung in die Stipulationsform klagbar gemacht werden konnte; andererseits zur Umwandelung (Novation) einer schon anderweit rechtsgültig begründeten, kausalen Verpflichtung in eine abstrakte und deshalb leichter einklagbare Schuld.[10])

[10]) Hatte zB. A. als Käufer mit B. als Verkäufer einen — nudo consensu rechtsgültigen, S. 195 — Kaufvertrag abgeschlossen, so konnten sie die hieraus entspringenden, gegenseitigen Verpflichtungen in Stipulationsschulden umschaffen (novieren, unten S. 243). Da die Stipulation lediglich einseitige Verpflichtungen des promissor herstellen konnte, so waren natürlich zwei Stipulationen erforderlich: A. stipulierte von B. die Leistung der Kaufsache (Stichum mihi dare spondes?), B. von A. die Zahlung des Kaufgeldes (Centum mihi dare spondes?).

Bei der Umwandelung einer anderweit begründeten Verpflichtung in eine Stipulationsschuld kann übrigens an die Stelle einer der bisherigen Vertragsparteien eine andere treten (sog. Novationsstipulation mit Personenwechsel), entweder an die Stelle des Schuldners (zB. A. schuldet dem B. ein Darlehen von 1000 Mk., C. verpflichtet sich zwecks Befreiung des A. durch Stipulation dem hiermit einverstandenen B. gegenüber zur Zahlung, sog. Expromission und passive Delegation) oder an die Stelle des Gläubigers (zB. B. weist seinen Schuldner A. an, statt an ihn an C. zu leisten, und letzterer stipuliert die Leistung von A., sog. aktive Delegation, unten S. 248).

Eine besondere Anwendung der Novationsstipulation war die von Aquilius Gallus entworfene stipulatio Aquiliana. Hierbei werden sämtliche zwischen zwei Personen bestehende Geschäftsbeziehungen in Geld berechnet, der „Saldo" wird durch Stipulation festgestellt und nach Zahlung durch Akzeptilation ausgeglichen (Generalquittung); vgl. l. 18 § 1 D. 46, 4: Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: „Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius." „quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit;" vgl. unten S. 298.

Digitized by Google

Der Stipulation als einem abstrakten Vertrag entsprang auch eine abstrakte, also nur den **Klageantrag**, nicht den **Klagegrund** wiedergebende Klageformel, eine **condictio**. Diese hieß **condictio certi** (vgl. I, 234), wenn durch die Stipulation das dare (S. 12) von certa pecunia, **condictio triticaria** (von triticum, Getreide, dem hauptsächlichsten Vertragsgegenstand außer Geld), wenn das dare einer anderen certa res, **condictio incerti**, wenn eine sonstige Leistung, zB. ein facere, versprochen war.[11])

β. Litteralkontrakt.

Der Litteralkontrakt des älteren römischen Rechts beruht auf der Gewohnheit jedes römischen Hausvaters, gewisse Geschäftsbücher[12]) ordnungsmäßig zu führen. Die Eintragungen hatten im Allgemeinen keine **schuldbegründende**, sondern gerade wie heute[13]) nur **schuldbeweisende**

---

[11]) Neben der **condictio incerti** (aber nicht neben der **condictio certi**, l. 24 D. 12, 1) stand dem **stipulator** noch eine **actio ex stipulatu** zu Gebote, in deren Formel als Klagegrund die Stipulation angegeben war: „Quod A^{s} A^{s} de N^{o} N^{o} **incertum stipulatus est**, quidquid ob eam rem N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} **dare facere oportet**, condemna, s. n. p. a."

[12]) Abgesehen von Kladden oder Tagebüchern (**adversaria**, **ephemeris**) zur einstweiligen Eintragung führte der römische Hausvater als Geschäftsbücher, in welche allmonatlich Eintragungen gemacht zu werden pflegten:

α. ein **liber patrimonii** (**libellus familiae**, Hauptbuch, Inventar), in dem sein Vermögen nach den einzelnen Gattungen verzeichnet war;

β. ein **calendarium** zur Aufzeichnung der auf Zinsen geliehenen Kapitalien, benannt nach der allmonatlich an den **calendae** erfolgenden Zinszahlung;

γ. einen **codex rationum domesticarum** (Kassabuch);

δ. einen **codex accepti et expensi** (S. 190).

[13]) Zur Führung von Geschäftsbüchern sind heute nur **Vollkaufleute** (III, 208) gesetzlich verpflichtet (HGB. §§ 38 ff., bisher Art. 28 ff.), natürlich ohne daß dies von Amtswegen beaufsichtigt oder erzwungen wird. Nur wird bei unterlassener oder nicht ordnungsmäßiger Führung, ferner bei Vernichtung oder Verheimlichung von Handelsbüchern ein Kaufmann, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wegen **einfachen**, und wenn die ordnungsmäßige Führung

Digitized by Google

Bedeutung. Nur durch die Eintragung in den codex accepti et expensi wurde eine wahre abstrakte Buchschuld begründet, dergestalt, daß der Gläubiger in gleicher Weise auf Grund der bloßen Eintragung klagen konnte, wie (nach klassischem Rechte, S. 186) auf Grund der stipulatio und der darüber aufgenommenen cautio, ohne die materielle causa der Bucheintragung darlegen zu müssen. Die Begründung einer solchen Buchschuld geschah in folgender Weise. Sollte A. zum Buchschuldner des B. werden, so trug B. (also der Gläubiger) in seinen codex accepti et expensi (wie man heute sagen würde: auf der Debetseite von A.'s Kontokurrentblatt, unten S. 295) die Schuldpost (nomen) als an A. gezahlt ein (expensum ferre sc. debitori, expensilatio). Damit ist, vorausgesetzt natürlich, daß B. im Einverständnisse (jussu) mit A. gehandelt hatte, A.'s Buchschuld begründet. A. trug der Ordnung wegen die übernommene Verpflichtung in seinen codex ein (expensum referre sc. creditori), für die Rechtsbeständigkeit seiner Schuld ist dies jedoch unerheblich.

Genau so wie die stipulatio (S. 188) kann auch die

---

in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen (in fraudem creditorum, I, 366[18]) unterlassen ist, wegen betrügerischen Bankerotts bestraft (KO. §§ 239 ff., bisher §§ 209 ff.).

Die Beweiskraft ordnungsmäßig geführter Handelsbücher war im alten HGB. Art. 34—36 dahin bestimmt worden, daß sie bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten einen unvollständigen („halben") Beweis liefern sollten, der durch einen richterlichen Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden könnte. Diese auf der formellen Beweistheorie beruhenden Vorschriften standen mit dem der CPO. zu Grunde liegenden Prinzipe der freien Beweiswürdigung (I, 209) im Widerspruch und wurden daher durch EGCPO. § 13[2] aufgehoben.

Die Vorlegung der Geschäftsbücher im Prozesse kann nach CPO. § 422 (bisher § 387) und BGB. § 810 regelmäßig vom Gegner verlangt werden bei Vermeidung der Beweisfolgen, welche den zur Vorlegung Verpflichteten im Weigerungsfalle treffen (CPO. §§ 426 ff., bisher §§ 391 ff.). Für Handelsbücher ist daneben noch HGB. § 45 (bisher Art. 37) von Bedeutung, wonach auch der Richter, und zwar nach dem neuen HGB. selbst von Amtswegen, ihre Vorlegung anordnen kann.

Digitized by Google

expensilatio und die dadurch hergestellte abstrakte[14]) litterarum obligatio dienen: entweder zur Begründung oder zur Umwandelung (Novation) eines Schuldverhältnisses, und zwar in letzterem Falle (sog. nomen transscripticium) entweder mit oder ohne Personenwechsel. Bei der zwecks Umschaffung vorgenommenen expensilatio ohne Personenwechsel (sog. transscriptio a re in personam) handelt es sich nur um Verwandelung einer materiellen (zB. Kaufschuld) in eine abstrakte (Buch-)Schuld. Bei der Umschreibung mit Personenwechsel (transscriptio a persona in personam) handelt es sich, wie bei der expromissio (S. 248), um den Eintritt eines neuen Schuldners oder wie bei der delegatio um den Eintritt eines neuen Gläubigers.[15])

Die Löschung einer Buchschuld (acceptilatio) vollzog sich in umgekehrter Weise wie ihre Begründung. Hierbei trägt der Schuldner in seinen codex accepti et expensi (wie man heute sagen würde, auf der Debetseite des Kontokurrentblatts des Gläubigers) die Schuldposten als vom Gläubiger empfangen ein (acceptum ferre sc. creditori). Damit war, natürlich vorausgesetzt, daß dies im Einverständnisse mit dem Gläubiger geschehen war, die Buchschuld getilgt und zwar ebenfalls abstrakt, also gleichgültig, auf welchem materiellen Rechtsgrunde (Zahlung, Erlaß, Aufrechnung) die — wie man heute im Grundbuchverkehr sagen würde — „Löschungsbewilligung" des Gläubigers

[14]) Durch die expensilatio wurde regelmäßig eine abstrakte Verpflichtung begründet. Ausnahmsweise konnte aber ein Posten unter Angabe des Schuldgrundes eingetragen werden, besonders als Darlehen (ex arca). Dann sprach man von nomen arcarium. Durch eine derartige expensilatio wurde nur eine kausale Verpflichtung des Schuldners begründet. Der Gläubiger mußte also die erfolgte Zahlung und den Schuldgrund nachweisen und die Eintragung hatte hier nicht, wie beim gewöhnlichen „nomen", die Bedeutung der Schuldbegründung, sondern höchstens die eines Beweisgrundes für die erfolgte Zahlung.

[15]) Die transscriptio a persona in personam diente der Vermeidung von Barzahlung, genau so, wie dies heute durch die unten S. 293 zu besprechende Skontration sowie den Check- und Giroverkehr bewirkt wird.

Digitized by Google

beruht. Dieser trug in seinen codex accepti et expensi die Tilgung ebenfalls ein (acceptum referre sc. debitori); dies war aber unerheblich für die Rechtsbeständigkeit der litteralen Akzeptilation.

Der Litteralkontrakt stand als Rechtsform des jus civile nur den cives Romani offen; nach Ansicht der Sabinianer konnte aber durch Umschreibung a re in personam auch ein Peregrine Schuldner werden. In der Kaiserzeit hörte die Führung der Bücher durch den Hausvater auf und damit verfiel diese Geschäftsform. Justinian behandelt in J. 3, 21 (de litterarum obligatione) den der querela non numeratae pecuniae nicht mehr ausgesetzten, also vor länger als zwei Jahren ausgestellten (S. 185[8]) Darlehensschuldschein als einen Litteralkontrakt neueren Rechts („sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scripturā obligetur"). In Wahrheit handelt es sich hierbei nur um ein unanfechtbar werdendes Beweismittel, wobei noch vorausgesetzt ist, daß in dem Scheine die causa angegeben ist. Dagegen kann man heute den Wechsel, das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780 ff.) und die meisten Inhaberpapiere (BGB. §§ 793 ff.) als Litteralobligationen des neuen Rechts bezeichnen.

γ. Realkontrakte.

Realkontrakte sind Verträge, bei denen durch die Vorleistung (res) des einen Teils auch ohne Einkleidung in eine Wort- oder Schriftform eine klagbare Leistungspflicht des anderen Teils begründet wird. Das entwickelte rR. unterscheidet zwei Klassen: die benannten und die unbenannten Realkontrakte.

1) Benannte Realkontrakte, d. h. mit einer bestimmten Bezeichnung und einer eigenen Klageformel versehene, sind: mutuum (Darlehen), depositum (Hinterlegung), commodatum (Leihe), pignus (Verpfändungsvertrag). Ihnen allen ist gemeinsam, daß durch eine Leistung die klagbare Pflicht zur Rückleistung erzeugt wird. Hierbei unterscheidet sich das mutuum aber wesentlich von den drei anderen Kontrakten.

Digitized by Google

a. Während nämlich beim depositum, commodatum und pignus das zur Verwahrung, zur leihweisen Benutzung oder zwecks Sicherung wegen einer Forderung Hingegebene in natura zurückgegeben werden muß, geht es beim Darlehen in das Eigentum des Empfängers über, so daß nicht die empfangenen Sachen (Geldstücke oder sonstige vertretbare Sachen), sondern gleichwertige Sachen (tantundem ejusdem generis) zurückzugeben sind.

b. Ferner ist das Darlehen ein negotium stricti juris. Die Rückgabepflicht beim Darlehen ist daher genau umschrieben, die Darlehensklage condictio certi. Sollen außer der Darlehenssumme sonstige Leistungen, insbesondere Zinsen, geschuldet sein, so wird diese Pflicht durch den lediglich auf Rückgabe gehenden Realkontrakt nicht gedeckt, muß also, um klagbar zu sein, in eine besondere Rechtsform (Zinsstipulation, S. 42) eingekleidet werden.

Dagegen sind depositum, commodatum und pignus bonae fidei contractus. Beide Teile sind einander zu einem der bona fides entsprechenden Verhalten verpflichtet, und alle hieraus entspringenden Pflichten sind durch die mit der Hingabe der Sache zur Verwahrung, Nutzung oder Sicherung begründete Rechtsform gedeckt. Daher kann nicht nur der Hingebende mit der actio depositi, commodati, pigneraticia *directa* (I, 239) Rückgabe der Sache und für den Fall einer vom Empfänger zu vertretenden Unmöglichkeit der Rückgabe Schadensersatz verlangen, sondern es kann auch umgekehrt der Empfänger (mit einer actio depositi, commodati, pigneraticia *contraria*) Erstattung von Auslagen beanspruchen.

2) Seit Labeo wurde der Grundsatz geltend, daß, auch abgesehen von den vier zu den gewöhnlichsten Verkehrsgeschäften gehörenden *benannten* Realkontrakten, jeder auf Austausch von Sachen oder Leistungen gerichtete Vertrag dadurch klagbar würde, daß eine Sache oder Leistung unter der Verpflichtung der Rückgabe oder einer Gegenleistung angenommen wird. Da auch hier die Annahme der Leistung als Begründungsform gilt, so handelt es sich um Realverträge. Da jedoch der Austausch der Leistungen zu viel

Digitized by Google

Spielarten ermöglicht, als daß in jedem Fall eine besondere Benennung und eine besondere feststehende Klageformel aufgestellt werden könnte, so spricht man von „Innominatkontrakten" oder „unbenannten Realverträgen" (contractus, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt).

Das entwickelte rR. kennt (vgl. Paulus in l. 5 pr. D. 19, 5, aber § 3) vier Gattungen von Innominatkontrakten, nach den Formeln do (sc. hoc pacto) ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Die zwischen den Vertragschließenden gegebene Vertragserfüllungsklage wird als actio praescriptis verbis bezeichnet. Bei der Verschiedenartigkeit der möglichen Fälle mußte nämlich die Klageformel dem einzelnen Fall entsprechend gestaltet werden. Hierbei wurde an Stelle der demonstratio, der kurzen technischen Bezeichnung des Klagegrundes (I, 232) eine Erzählung (praescriptio) der dem betreffenden Geschäfte zu Grunde liegenden Thatsachen in die Formel eingefügt.

Bevor die Innominatkontrakte als klagbar anerkannt waren, hatte der Geber, sofern der Empfänger seinerseits den besprochenen Vertrag nicht freiwillig erfüllte, nur eine Klage auf Rückgabe des Empfangenen (condictio causa data causa non secuta). Das hierin liegende Rücktrittsrecht stand dem Geber aber auch nach Anerkennung der Klagbarkeit offen, so daß er bis zur Annahme der Gegenleistung die Wahl hatte, entweder mit der actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung oder unter Ausübung des ihm zustehenden „jus poenitendi" mit der condictio causa data auf Rückgabe der eigenen Leistung zu klagen.[16])

Die Hauptfälle der Innominatkontrakte waren: der Tröbelvertrag (contractus aestimatorius: do ut reddas aut rem aut aestimationem), ausgestattet mit einer

[16]) Bestritten ist, ob der Rücktritt dem Geber nur bei Verzug des Empfängers (l. 1 § 4 D. 19, 4) und bei Unmöglichkeit der Gegenleistung oder nach freier Willkür zustand (vgl. hierfür die vermutlich interpolierten l. 3 §§ 1, 2, l. 5. pr., § 1 D. 12, 4).

Digitized by Google

actio (praescriptis verbis) de aestimatione, die für die übrigen Fälle von Innominatverträgen als Vorbild gedient hat (Digestentitel 19, 3: De aestimatoria); ferner nach der von Justinian aufgenommenen Meinung (l. 1 § 2 D. de rerum permutatione 19, 4) der Tausch (permutatio). Die Sabinianer behandelten dagegen den Tausch als doppelseitigen Kauf und daher als Konsensualvertrag.

δ. Konsensualkontrakte.

Bei vier bestimmten Vertragsgattungen: dem Kaufe (emtio venditio), der Miete (locatio conductio), dem Auftrage (mandatum) und der Gesellschaft (societas) tritt die Klagbarkeit ein als Folge einfacher, formloser Willenseinigung über die essentialia negotii. Durch Kaiser Zeno wurde als fünfter Konsensualvertrag der contractus emphyteuticarius aufgestellt (l. 1 C. 4, 66; 476 bis 484 n. Chr.). Während bei den Realverträgen erst die Leistung den Vertrag gültig macht, also „obligandi causa" geschieht, erfolgt bei den Konsensualverträgen die Leistung in Erfüllung des bereits nudo consensu wirksam gewordenen Vertrags, also „solvendi causa."

2. Pacta.

Abgesehen von den Konsensualverträgen begründen formlose Verträge nach älterem rR., wie bereits S. 180 erwähnt, keine klagbare Verpflichtung. Das spätere Recht erkannte von diesem Grundsatz einige Ausnahmen an. Diese mit Klage „bekleideten" Fälle nannten die Glossatoren pacta vestīta (im Gegensatze zu den klaglosen nuda pacta) und unterschieden unter ihnen die pacta adjecta, praetoria und legitima.

Pacta adjecta sind die einem bonae fidei contractus gleich beim Abschlusse zugefügten Nebenabreden (leges contractus) über Art, Ort und Zeit der Erfüllung, die, ohne daß sie in besondere Rechtsform eingekleidet zu werden brauchten, durch die Kontraktsklage erzwungen werden können. Pacta praetoria heißen die durch das prätorische, pacta legitima die durch das

Digitized by Google

Kaiserrecht mit Klagbarkeit versehenen formlosen pacta. Zu ersteren gehört das formlose Versprechen der Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld (constitutum debiti proprii vel alieni, unten S. 244[8]), zu letzteren das nicht in Stipulationsform abgegebene Dotalversprechen (pactum dotis, durch Theodosius II., l. 6 C. 5, 11) und die Schenkung unter 500 Solidi (pactum donationis, durch Justinian l. 35 § 5 C. 8, 53).

b. Neueres Recht.

Im neuesten römischen Rechte war nach dem Vorstehenden der Litteralkontrakt fortgefallen. Jeder Kontrakt mußte, sofern er nicht zu den Real- und Konsensualkontrakten oder den pacta vestita zu rechnen war, in die Stipulationsform eingekleidet werden, um klagbar zu sein. Bei der Rezeption der fremden Rechte fand die dem damaligen deutschen Rechte (II, 480) völlig fremde Stipulation als Rechtsform keine Aufnahme. Vielmehr wurde unter dem Einflusse der neueren deutschen (Sip. I, 7, vgl. II, 480) und der kanonischen Anschauung von der Heiligkeit des gegebenen Wortes gewohnheitsrechtlich der Grundsatz ausgebildet, daß jeder, wenn auch nur formlos abgeschlossene Vertrag klagbar sei. Dieser Satz beherrscht auch alle modernen Gesetzgebungen. Während daher nach rR. die Fälle gesetzlich festzustellen waren, in denen ausnahmsweise ein formloser Vertrag gültig war, bedarf es nach modernem Rechte der Feststellung der Fälle, in denen ein Vertrag ausnahmsweise der Form bedarf. Diese Fälle sind bereits im Allgemeinen Teil (III, 430 ff.) aufgezählt.

Abgesehen von den ausdrücklich an eine besondere Form geknüpften Verträgen sind hiernach alle Verträge des modernen Rechts (bloße) Konsensualverträge. Streitig ist, ob man heute noch von Realverträgen sprechen kann. Unzweifelhaft sind diejenigen Rechtssätze fortgefallen, die an die reale Leistung eine den Vertrag erst begründende Wirkung knüpften. Insbesondere wird also in den Fällen der ehemaligen Innominatkontrakte der Empfänger schon mit Abschluß des Vertrags, nicht erst bei erfolgter Leistung

Digitized by Google

zu der von ihm übernommenen Leistung verpflichtet, und von einem Neurechte des Gebers ist keine Rede mehr. Wird ferner ein Darlehen gegeben, so geschieht dies nicht contrahendi causa, sondern solvendi causa, nämlich in Erfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen, heute klagbaren pactum de mutuo dando, das zeitlich freilich mit der Darlehenshingabe vielfach zusammen fällt. Nur haben diejenigen ehemaligen Realverträge, die auf Rückgabe einer Sache gehen, also insbesondere die benannten Realverträge, auch heute noch etwas Besonderes, insofern als bei ihnen zum Klagegrunde die vom Kläger zu beweisende Behauptung gehört, daß die Hingabe erfolgt sei. Das folgt aber aus dem Begriffe der Rückgabe und kommt zB. auch bei der Klage des Vermieters auf Rückgabe der vermieteten Sachen vor.

§ 89. Inhalt des Schuldvertrags.

Die Parteien haben im Allgemeinen die Befugnis, ihre vertraglichen Verhältnisse durch freie Vereinbarung zu gestalten. Nur setzt die Wirksamkeit des Schuldvertrags, abgesehen von den für einzelne Verträge vorgeschriebenen Formen, wie schon S. 12 erwähnt, voraus, daß die dadurch versprochene Leistung möglich, erlaubt und bestimmbar ist; dagegen braucht sie — wenigstens nach BGB. — nicht von Vermögenswert zu sein.

a. Möglichkeit der Leistung.

Die Unmöglichkeit der in einem Schuldvertrag übernommenen Leistung kann entweder schon bei dessen Abschlusse vorhanden sein oder erst nachträglich eintreten. Über Voraussetzungen und Wirkungen der letzteren Art, der nachfolgenden Unmöglichkeit, die bei allen Gattungen von Schuldverhältnissen in Frage kommen kann, ist bereits oben in § 79 gesprochen. Hier handelt es sich also nur um die allein bei Schuldverhältnissen aus Verträgen bedeutungsvolle ursprüngliche Unmöglichkeit.

Digitized by Google

Etwas Unmögliches kann nicht geleistet werden (S. 105). Das entspricht der Natur der Sache. Es fragt sich aber weiter, ob der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag völlig nichtig oder wenigstens insofern wirksam ist, als statt des Unmöglichen etwas Anderes, insbesondere Gelderſatz geleistet werden muß. In dieſer Beziehung iſt, wie ſchon nach römiſchem Rechte, ſo auch nach ALR. (I, 5 §§ 51 ff.) und nach BGB. einmal zwiſchen der objektiven, für jedermann vorhandenen, und der bloß ſubjektiven, d. h. durch die perſönlichen Verhältniſſe eines Vertragsteils herbeigeführten Unmöglichkeit, andererſeits zwiſchen der dauernden und der bloß vorübergehenden (ſog. hypothetiſchen) Unmöglichkeit zu unterſcheiden.[1])

1. Objektive und ſubjektive Unmöglichkeit.

α. Ein auf eine objektiv unmögliche Leiſtung gerichteter Vertrag iſt nichtig (BGB. § 306). Es kann ihm alſo weder ein Erfüllungsanſpruch, noch[2]) ein Anſpruch

[1]) Unerheblich iſt dagegen, ob die Unmöglichkeit auf Natur oder auf Rechtsſatz beruht; vgl. zB. §§ 1, 2 J. 3, 19: **At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuit, vel rem suam dari quis stipuletur.**

[2]) Dies iſt für das Gemeine Recht beſtritten. Savigny und Dernburg geben dem Gläubiger, ſofern er die Unmöglichkeit weder kannte noch kennen mußte, einen Anſpruch auf das Erfüllungsintereſſe. Freilich kann ein Vertrag, in dem eine objektiv unmögliche Leiſtung verſprochen iſt, den Sinn haben, daß der Verſprechende Gewähr dafür leiſten will, daß die verſprochene Leiſtung bewirkt werden kann. Beim Vorliegen eines ſolchen Garantieverſprechens iſt allerdings mangels Erfüllung das Erfüllungsintereſſe zu leiſten (vgl. auch S. 120). In zwei Fällen hat das BGB. ſogar kraft Geſetzes dem Schuldner das unbedingte Einſtehen für ſeine Zuſage auferlegt. Nach § 437 haftet der Verkäufer einer Forderung oder eines ſonſtigen Rechts für den rechtlichen Beſtand der Forderung oder des Rechts, alſo auch, falls das Verkaufte gar nicht vorhanden und deſſen Leiſtung daher objektiv unmöglich iſt. Ferner haftet nach § 459

Digitized by Google

auf Leistung des Erfüllungsinteresses (positiven Vertragsinteresses, III, 379[2]) entspringen. Dagegen verpflichtet BGB. § 307, unter Annahme einer von Jhering begründeten Theorie, denjenigen Vertragsteil, der bei Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß (aus Fahrlässigkeit nicht kennt, S. 128), der also sich in einer „culpa in contrahendo" befindet, zum Ersatze des sog. negativen Vertragsinteresses, nämlich des Schadens, „den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut." Die Höhe dieser Ersatzpflicht kann den Betrag des positiven, d. h. desjenigen Interesses, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat, nicht übersteigen und fällt überhaupt fort, wenn der Ersatzpflichtige beweist, daß auch der Ersatz Fordernde die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte.[3]) Der Anspruch beruht auf Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten, nicht auf Delikt, unterliegt daher der dreißigjährigen, nicht der dreijährigen Verjährung (BGB. § 852).

β. Die bloß subjektive Unmöglichkeit, das „Un-

Abs. 2 der Verkäufer einer Sache dafür, daß diese die zugesicherten Eigenschaften hat. Fehlen also solche und können sie vom Verkäufer auch nicht nachgeleistet werden, so handelt es sich auch in diesem Falle um eine objektiv unmögliche Leistung. Das Gesetz faßt die Zusicherung jedoch als Garantieversprechen auf; mangels vertragsmäßiger Leistung hat der Verkäufer daher das Erfüllungsinteresse zu gewähren.

[2]) Ist die Leistung teilweise unmöglich, so kommt es nach BGB. § 139 (III, 456) darauf an, ob der Vertrag über den möglichen Teil allein geschlossen sein würde. Ist dies nicht anzunehmen, so ist der ganze Vertrag nichtig. Entgegengesetzten Falls ist er, soweit möglich, zu erfüllen, soweit unmöglich, nichtig, mit Verpflichtung des Schuldners zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses bei vorhandener culpa in contrahendo.

Ist eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich, so beschränkt sich nach § 265 das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen (S. 27). Nach § 307 Abs. 2 hat aber auch in diesem Falle der einer culpa in contrahendo Schuldige dem Gegner den Schaden zu ersetzen, den der Gegner in Folge des Vertrauens auf das Vorhandensein eines Wahlschuldverhältnisses erleidet.

Digitized by Google

vermögen des Schuldners" (S. 106[1]) zur Bewirkung der versprochenen Leistung berührt die Rechtsgültigkeit des Vertrags nicht. Der Verpflichtete hat deshalb in einem solchen Falle, zB. wenn er eine im Eigentum eines Anderen stehende Sache versprochen hat, die er sich nicht zu beschaffen vermag, das volle (positive) Erfüllungsinteresse zu ersetzen.

2. Dauernde und vorübergehende (hypothetische) Unmöglichkeit.

Nach der auch hier anwendbaren Regula Catoniana (III, 457) kann der wegen einer zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Leistungsunmöglichkeit von vornherein nichtige Vertrag nicht dadurch gültig werden, daß die Leistung später möglich wird. Hiervon macht in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht[4]) BGB. § 308 für die Fälle vertragsmäßig hinausgeschobener Erfüllung eine Ausnahme: „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird. Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird." Vgl. auch noch §§ 2171 und 2192 (Vermächtnis und Auflage einer zur Zeit des Erbfalls unmöglichen Leistung).

[4]) Vgl. ALR. I, 5 § 57 und für das rR. l. 31 D. 45, 1: Si rem meam sub condicione stipuler (vgl. hierüber S. 198[1] i. f.), utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit. Nur Verträge über res extra commercium waren als unsittlich selbst dann verboten, wenn sie unter der Bedingung des Aufhörens dieser Eigenschaft geschlossen waren (l. 34 § 2 D. 18, 1, l. 83 § 5, l. 137 § 6 D. 45, 1; III, 277). Diese Beschränkung ist schon für das Gemeine Recht nicht mehr anzuerkennen (vgl. ebenso ALR. I, 5 § 58). Die Stellung der res extra commercium ist aber nach modernem Recht überhaupt insofern eine andere geworden, als sie, soweit ihre Zweckbestimmung dies nicht verbietet, verkehrsfähig und insoweit also auch mögliche Gegenstände vertraglicher Verpflichtungen sind (III, 278, 281).

Digitized by Google

b. Erlaubte Leistung.

Wie jedes Rechtsgeschäft (III, 443, 449), so ist auch der Schuldvertrag nichtig, wenn er einen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden Inhalt hat. Für das BGB. ergiebt sich dieser Grundsatz aus den auf alle Rechtsgeschäfte anwendbaren §§ 134, 138. Das BGB. hat seine Wiederholung im Rechte der Schuldverhältnisse daher als überflüssig erachtet und spricht nur in § 309 aus, daß bei einem gegen ein gesetzliches Verbot (nicht aber auch gegen die guten Sitten) verstoßenden Vertrage die für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung geltenden Vorschriften über den Ersatz des negativen Vertragsinteresses (§ 307) und die ausnahmsweise Gültigkeit des Vertrags bei späterem Fortfalle des Hinderungsgrundes (§ 308, oben S. 200) zur Anwendung kommen.[5])

c. Bestimmbare Leistung.

Art und Umfang der Leistung sind nur in den seltensten Fällen unmittelbar aus dem Vertrage („certum est, quod

---

[5]) Besondere Vorschriften über einzelne Verträge enthalten noch die §§ 310—313.

a. Nach § 310 ist ein Vertrag nichtig, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten." Nach § 311 ist ein solcher Vertrag hinsichtlich des gegenwärtigen Vermögens zwar zulässig, bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Über die Folgen eines solchen Übernahmevertrags ist unten zu BGB. § 419 zu sprechen (S. 350). Das in § 310 ausgesprochene Verbot hat den rechtspolitischen Grund, daß durch solche Verträge die wirtschaftliche Selbständigkeit des Schuldners vernichtet wird. § 310 bezieht sich zwar nicht auf die besonders zugelassenen Eheverträge auf Einführung der Gütergemeinschaft (BGB. §§ 1437 ff.) und auf Erbverträge (§§ 2274 ff., 2346 ff.), wohl aber auf alle sonstigen entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträge und geht damit über das bisherige Recht weit hinaus. Nach Gemeinem Recht (und ALR. I, 11 § 1087) ist nur die Veräußerung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens durch Schenkung, nach Gem. R. (aber nicht nach ALR. I, 17 § 176) auch durch Eingehung eines Gesellschaftsvertrags (**societas omnium bonorum**), ferner nach beiden Rechten durch einen Leibrenten- oder Altenteilsvertrag (Alimenten-, Vitalitienvertrag, Anhang § 19 zu ALR. I, 11 § 646) zulässig (II, 556).

Digitized by Google

ex ipsa pronuntiatione apparet, quid quale quantumque sit," l. 74 D. 45, 1) zu entnehmen. Eine solche völlige Bestimmtheit des Vertragsgegenstands ist aber regelmäßig — eine Ausnahme bildet zB. der Wechsel — auch nicht erforderlich.[6]) So erklärt sich die Zulassung der Gattungsschuld (S. 13), des Spezifikationskaufs (S. 15[4]), des Kaufs zum Börsen- oder Marktpreise (S. 88[8]) und der

---

β. Nach § 312 ist ein Vertrag (sog. **Erbschaftsvertrag**) über den Nachlaß sowie über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig. Nur künftige gesetzliche Erben dürfen über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen einen Vertrag schließen, der aber gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf.

Auch nach bisherigem Rechte war das **pactum de hereditate tertii** grundsätzlich nichtig (II, 733[2]).

γ. Nach § 313 bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück (oder ein Erbbaurecht, § 1017) zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (vgl. jedoch noch EGBGB. Art. 142). Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird aber durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch seinem ganzen Inhalte nach gültig, also nicht nur hinsichtlich des Vertragsgegenstands, sondern zB. auch der Nebenabreden über Art, Ort und Zeit der beiderseitigen Erfüllung. Nach Gemeinem Recht war auch der „Immobiliarveräußerungsvertrag" formlos gültig, nach ALR. I, 10 §§ 15—17 bedurfte er nur der Schriftform, doch wurde nach § 10 des PrEEG. vom 5. Mai 1872 die mangelnde Form durch die Auflassung geheilt. Die hiernach durch das BGB. eingeführte Erschwerung des Vertragsschlusses beruht auf dem Wunsche, die die Seßhaftigkeit der Bevölkerung bedrohende Grundstücksspekulation möglichst zu beschränken. Aus demselben wirtschaftspolitischen Grunde ist zB. in Preußen die Veräußerung unbeweglicher Sachen einer fiskalischen Stempelabgabe von 1% des Wertes unterworfen, zu der an vielen Orten (zB. in Berlin) noch eine gleich hohe kommunale Umsatzsteuer kommt; vgl. auch unten S. 314[1].

[6]) Die Bestimmtheit der Leistung gewährt aber gewisse prozessuale Vorteile; vgl. CPO. §§ 592, 688, 794[5] (bisher §§ 555, 628, 702[5]): Gegenstand eines **Urkundenprozesses**, eines **Mahnverfahrens** und einer **guarantigiierten Urkunde** (von Gericht oder Notar aufgenommener Urkunde, in welcher sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, I, 342[9], II, 474[8]) kann nur ein Anspruch sein, welcher auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere geht.

Digitized by Google

Wahlschuld (S. 20). Es genügt vielmehr, daß die Leistung bestimmbar ist, d. h. daß Art und Umfang in zuverlässiger Weise ermittelt werden können.[7]) Dies ist nicht der Fall, wenn die Feststellung dessen, was Vertragsgegenstand sein soll, der reinen Willkür eines der Beteiligten überlassen ist. Ein greifbares Schuldverhältnis ist dann überhaupt nicht vorhanden (vgl. l. 7 pr. D. 18, 1, l. 108 § 1 D. 45, 1, l. 69 § 4 D. 23, 3; ALR. I, 5 § 71). Dagegen kann diese Bestimmung in das billige Ermessen (arbitrium boni viri) eines Vertragsteils oder eines Dritten gestellt sein. Denn hierbei läßt sich objektiv feststellen, was im einzelnen Fall als billig gelten muß. Ferner kann die Bestimmung des Vertragsinhalts der reinen Willkür eines Dritten überlassen sein. Hierdurch erhält jedoch der Vertrag einen besonderen Charakter.

1. Bestimmung der Leistung durch einen Beteiligten.

Nach römischem Recht konnte zwar die Bestimmung der Beteiligung bei Gesellschaftsverträgen (l. 6 D. 17, 2), nicht aber des Kaufpreises oder Mietzinses (l. 35 § 1 D. 18, 1, l. 22 D. 19, 5) dem billigen Ermessen eines Beteiligten überlassen werden. Das Gemeine Recht hat diese unbegründete Unterscheidung beseitigt, und auch nach ALR. und BGB. kann die genaue Bestimmung des Vertragsgegenstands in allen Fällen nach billigem Ermessen eines Vertragsteils erfolgen. Das BGB. spricht sogar (vgl. ebenso schon l. 22 § 1 D. 50, 17) — geleitet von dem Wunsche, geschlossene Verträge möglichst so auszulegen, daß sie rechtswirksam sind — ausdrücklich den Grundsatz aus, daß, wenn die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden soll, im Zweifel Bestimmung nach billigem Ermessen als gemeint gelten soll (§ 315 Abs. 1).

[7]) Vielfach läßt sich die mangelnde Bestimmtheit des Vertragsgegenstands durch Auslegung (III, 440) ergänzen. Häufig greifen auch suppletorische Gesetzesvorschriften ein, so hinsichtlich der Art (S. 16, 33), des Orts (S. 86), der Zeit (S. 94) der Erfüllung.

Digitized by Google

Ist die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen eines Beteiligten überlassen, so unterliegt die dem anderen Teile gegenüber zu erklärende (§ 315 Abs. 2) Bestimmung hinsichtlich ihrer Billigkeit der richterlichen Nachprüfung (§ 315 Abs. 3)[8]). Ebenso erfolgt die Bestimmung durch Urteil, falls sie verzögert wird.

Die dem billigen Ermessen überlassene Bestimmung erfolgt regelmäßig durch den Vertragsteil, der die Leistung zu bewirken hat, also den Schuldner der Leistung. Ist jedoch der Umfang der für eine bestimmte Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so soll nach BGB. § 316 die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zustehen, der die Gegenleistung zu fordern hat, also dem Gläubiger der Gegenleistung.[9])

---

[8]) Hat also zB. A. dem Sohne des B. Violinstunden erteilt und die Feststellung des Stundengelds dem B. überlassen und bietet ihm B. für die Stunde 50 Pf. an, so kann A. unter Darlegung, daß für Violinlehrer seiner Ausbildungsstufe unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des B. ein Honorar von 3 Mk. angemessen wäre, dies einklagen. Findet das Gericht selbst nur ein Honorar von 2 Mk. angemessen, so würde es unter Anwendung des § 92 (bisher § 88) Abs. 2 CPO. doch die ganzen Prozeßkosten dem B. auferlegen, da die Festsetzung des Betrages der Forderung vom richterlichen Ermessen abhängt und der Kläger nicht mit dem Antrage klagen kann „den Beklagten zu dem richterlicherseits zu bestimmenden Betrage zu verurteilen." Denn dies wäre kein „bestimmter Antrag" im Sinne des § 253 (bisher § 230) CPO.

[9]) Wenn also A. in B.'s Geschäft eine japanische Vase aussucht und, ohne nach dem Preise zu fragen, sagt: „Schicken Sie mir die Vase mit Rechnung zu," so hat B. den Preis festzusetzen und A. ihn zu zahlen, soweit er angemessen ist. Daß dies der Fall ist, hat B. zu beweisen. Jedenfalls aber ist ein rechtsgültiger Kauf geschlossen. Nötigenfalls bestimmt der Prozeßrichter den Preis nach Anhörung von Sachverständigen; vgl. I, 211[8].

Besondere Vorschriften gelten für die der Höhe nach nicht bestimmte Gegenleistung im Falle eines Dienst-, Werk- oder Mäklervertrags. Für diese Fälle gilt nicht § 316 (billiges Ermessen des Berechtigten), sondern der in BGB. §§ 612, 632, 653 übereinstimmend ausgedrückte Satz: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen." Wenn also zB. Professor A. den B. operiert, so muß er, falls B. den für eine derartige Operation seitens eines Professors

Digitized by Google

2. Bestimmung der Leistung durch einen Dritten.

Hierbei sind, wie erwähnt, zwei Fälle (vgl. l. 76 D. 17, 2) zu unterscheiden:

α. Soll der Dritte (arbitrator, nicht zu verwechseln mit dem Schiedsrichter, arbiter, I, 175[5]) die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, was im Zweifel als Vertragsabsicht gelten muß (BGB. § 317 Abs. 1), so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist (manifesta iniquitas, l. 79 D. 17, 2). Dies muß der mit der Entscheidung Unzufriedene beweisen (anders bei Bestimmung durch billiges Ermessen eines Vertragsteils, wobei dieser die Billigkeit seiner Bestimmung beweisen muß, S. 204[8]). In diesem Fall und ebenso, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert, erfolgt die Bestimmung durch Urteil (BGB. § 319 Abs. 1).

β. Soll der Dritte dagegen die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist die richterliche Nachprüfung und ebenso eine Ersetzung seiner Entscheidung durch Richterspruch ausgeschlossen.[10]) In diesem Fall ist also die Wirksamkeit des Vertrages davon bedingt, daß der Dritte seine Entscheidung fällt. Der Vertrag ist unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert (§ 319 Abs. 2; ebenso schon ALR. I, 5 § 72).

d. Vermögenswert der Leistung.

Das rR.[11]) hielt den Grundsatz fest: „ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“ (l. 9

angemessenen und geforderten Betrag von 1000 Mk. nicht gutwillig zahlt, seine Liquidation unter Zugrundelegung der Medizinaltaxe aufstellen. Nur diese kann er klagend durchsetzen.

[10]) Dagegen ist die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung zulässig. Sie steht aber nicht dem hierbei regelmäßig nicht interessierten arbitrator, sondern der einen Partei gegen die andere zu (BGB. § 318).

[11]) Ursprünglich forderte man sogar ein eigenes und unmittelbares Vermögensinteresse des Gläubigers. Dies wurde für stricti

Digitized by Google

§ 2 D. 40, 7). Auch für das Gemeine und preußische Recht nahm bis in die neueste Zeit die herrschende Meinung an, daß ein unmittelbares oder wenigstens mittelbares Geldinteresse Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit jedes Schuldverhältnisses ist. Nach dem Vorgange von Jhering und Windscheid sieht das BGB. von diesem Erfordernisse jedoch ab. Jedes schutzwürdige Interesse (zB. Gartenbenutzung, Unterlassung des Klavierspiels zu gewissen Stunden, Enthaltung von geistigen Getränken) kann Gegenstand eines Vertrages sein und durch Klage und Zwangsvollstreckung (vgl. CPO. §§ 887 ff., bisher §§ 773 ff.) geltend gemacht werden. Nur wird in derartigen Fällen vielfach zweifelhaft sein, ob es sich wirklich um Begründung eines Schuldverhältnisses oder nur um Verpflichtungen gesellschaftlicher oder sittlicher Natur handelt (S. 4). Ferner kann, sofern die übernommenen Pflichten nicht erfüllt werden oder in natura erzwungen werden können, wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden (BGB. § 253, oben S. 66). Für die übrigen Fälle ist der Gläubiger auf die Ausbedingung einer Vertragsstrafe angewiesen.

---

juris negotia, also Stipulationsschulden, auch im neuesten Rechte festgehalten (l. 38 § 17 D. 45, 1): „Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea.“ Für bonae fidei negotia trat jedoch eine Milderung ein (l. 54 pr. D. 17, 1: placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam), zB. konnte man einen Sklaven mit der Auflage verkaufen, daß der Käufer ihn nach bestimmter Zeit freilassen müßte. Doch mußte wegen der Geldkondemnation (I, 233) auch hier mindestens ein mittelbares Vermögensinteresse nachweisbar sein.

Digitized by Google

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag. (BGB. §§ 320—327).

§ 90. Gegenseitiger Vertrag.

a. Begriff und Wesen.

Bei den auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnissen ist entweder nur die eine Partei zu einer Leistung verpflichtet (einseitige Verträge, contractus unilaterales, zB. Darlehen, Schenkung, Verpflichtung aus Stipulation, Inhaberpapieren oder Wechsel), oder beide Teile haben Leistungen zu bewirken (zweiseitige Verträge, contractus bilaterales).

Bei den letzteren Vertragsarten ist aber eine weitere Unterscheidung erforderlich.

In manchen Fällen geht nämlich der Vertrag von vornherein nur auf Leistung seitens der einen Partei. Nur diese Leistung ist daher für die betreffende Vertragsart begrifflich notwendig. Die andere Partei kann zwar auch zu Leistungen verpflichtet sein; dies ist aber nicht notwendig, und tritt eine derartige Verpflichtung zur Gegenleistung ein, so entsteht sie nicht unmittelbar auf Grund des Vertrages, sondern nur als Folge gewisser zufälliger Umstände. Diese Verträge bezeichnet man als unvollkommen zweiseitige Verträge, contractus bilaterales inaequales. Bei ihnen steht nach römischer Sprechweise nur einer Partei stets eine Vertragsklage, actio directa, zu, während der anderen Partei nur möglicherweise eine actio contraria erwächst. Solche Verträge sind zB. Auftrag und Verwahrung. Hierbei hat unmittelbar auf Grund des Vertrages nur der Beauftragte und der Verwahrer Leistungen zu bewirken, nämlich den Auftrag unentgeltlich zu besorgen (BGB. § 662) und die übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (§ 688). Nur möglicherweise ist auch der Auftraggeber und der Hinterleger zu Leistungen an den Gegner verpflichtet, so zB. zum Ersatze von Aufwendungen (§§ 670, 693) oder zum Schadensersatze (§ 694).

Bei einer Reihe zweiseitiger Verträge gehört es dagegen zum Begriff und Wesen, daß beide Teile von

Digitized by Google

vornherein zu Leistungen verpflichtet sind. Diese Verträge nennt das BGB. gegenseitige Verträge (bisher vollkommen zweiseitige Verträge, contractus bilaterales aequales, zB. Kauf, Miete, Gesellschaft). Das Wesen der gegenseitigen Verträge besteht in einem Austausche von wechselseitigen Leistungen, die für das Schuldverhältnis begrifflich notwendig sind. Leistung und Gegenleistung stehen zwar auch bei den unvollkommenen zweiseitigen Verträgen in einem rechtlichen Zusammenhange (Konnexität) miteinander, was zB. für das Zurückbehaltungsrecht (oben S. 164) und im Prozesse (Trennung und Verbindung CPO. §§ 33, 145, 147, 302, bisher §§ 33, 136, 138, 274) Bedeutung hat. Dieser Zusammenhang ist aber bei den contractus bilaterales aequales viel enger. Nur um der Gegenleistung wegen will hier jeder Teil die von ihm übernommene Leistung bewirken. Leistung und Gegenleistung stehen hier also in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander (*συνάλλαγμα*, daher „synallagmatische Verträge"), und daraus ergeben sich für die rechtliche Behandlung der gegenseitigen Verträge die nachstehenden wichtigen Folgerungen.

b. Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Aus dem eben geschilderten Wesen der gegenseitigen Verträge folgt zunächst, daß — von besonderen Vertragsabreden oder Gesetzesvorschriften (zB. die Mietzinszahlung erfolgt „postnumerando", BGB. § 551) abgesehen — kein Teil von dem Gegner die Vertragsleistung verlangen darf, ohne die ihm obliegende zu bewirken; m. a. W., daß grundsätzlich Leistung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen müssen.

Prozeßrechtlich kann dieser Grundsatz in doppelter Weise verwirklicht werden. Entweder der Kläger ist verpflichtet, schon seine Klage auf die Gegenleistung dahin zu begründen: er habe seine Leistung bereits bewirkt, oder er sei bereit, sie Zug um Zug zu bewirken, und verlange nur einen derartigen Austausch der Leistungen, oder der Beklagte habe vorzuleisten. Dies war der Standpunkt des

Digitized by Google

ALR.[1]). Oder der Kläger darf den ihm zustehenden Leistungsanspruch ohne Weiteres geltend machen und es bleibt dem Beklagten überlassen, die Gegenleistung Zug um Zug im Wege der Einrede zu beanspruchen. Diesen Weg

[1]) ALR. I, 5 § 271: „Wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, muß nachweisen, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei." Danach gehört nach ALR. zur Substanziierung einer auf einen gegenseitigen Vertrag gegründeten Leistungsklage der Nachweis der erfolgten Leistung oder die Darlegung, daß nach Maßgabe des Vertrages der Kläger die Leistung des Beklagten fordern könne, ohne seinerseits geleistet zu haben oder gleichzeitig leisten zu müssen. Daher beginnen die formularmäßigen Kaufklagen: „Beklagter kaufte und empfing vom Kläger die in der beiliegenden Rechnung aufgeführten Waren zu den in der Rechnung angegebenen vereinbarten, übrigens auch angemessenen Preisen." Eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises ohne die Behauptung, daß die Kaufsache übergeben sei oder daß der Käufer vorleisten müsse, wäre nach ALR. „unsubstanziiert", „nicht schlüssig" und müßte als den Klageantrag nicht begründend von Amtswegen selbst dann abgewiesen werden, wenn der Beklagte nicht erscheint und der Kläger gegen ihn Versäumnisurteil beantragt, oder wenn der Beklagte, ohne die weder erfolgte noch angebotene Gegenleistung zu bemängeln, seine Verteidigung auf andere Umstände stützt. Die preußische Praxis hat diese Folgerungen allerdings nicht in voller Schärfe gezogen. Es wird in derartigen Fällen der Kläger nicht völlig abgewiesen, wodurch eine zwecklose Vermehrung der Prozesse hervorgerufen werden würde, sondern es erfolgt Verurteilung zur Zahlung, aber nur unter Verpflichtung des Klägers, die Gegenleistung zu bewirken. Wenn also A. gegen B. auf Zahlung von 500 Mk. für eine dem B. verkaufte Kuh klagt, ohne zu behaupten, daß die Kuh bereits übergeben oder daß das Kaufgeld vor Übergabe zu zahlen sei, so kann nach ALR. A. ein Versäumnisurteil einfach auf Zahlung jedenfalls nicht erlangen. Der Richter wird ihn gemäß CPO. § 130 (künftig § 139) in Anwendung seiner Fragepflicht (I, 310[17]) zu einer Ermäßigung seines Klageantrags dahin veranlassen, daß B. zur Zahlung von 500 Mk. nur gegen Empfang der gekauften Kuh verurteilt werden soll. Verweigert A. die Ermäßigung seines Klageantrags, so wird ein praktischer Richter ihn doch nicht ganz abweisen, sondern den B. zur Zahlung Zug um Zug gegen Empfang der Kuh verurteilen (wie dies auch durch § 322 BGB. vorgeschrieben ist, unten S. 211), und den Kläger nur mit dem weitergehenden Antrag abweisen, ihm auch einen Teil der Kosten auferlegen (CPO. § 92, bisher § 88). Anders ist dies, wie der Text ergiebt, nach BGB. Hier muß der Beklagte seinen Anspruch auf die Gegenleistung durch Erhebung der Einrede des nicht erfüllten

Digitized by Google

schlägt der herrschenden Meinung des Gemeinen Rechts folgend das BGB. in § 320 ein: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist." Das BGB. bezeichnet diese Einrede (in Übersetzung des gemeinrechtlichen Ausdrucks „exceptio non adimpleti contractus") als „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" (§ 202 Abs. 2).[2])

Der bisherigen Praxis folgend (S. 209[1]), läßt das BGB. eine prozessuale Milderung für den Fall zu, daß der Kläger vor Bewirkung der ihm obliegenden Leistung die Gegenleistung einklagt. Erhebt hierbei der Beklagte berechtigt die exceptio non adimpleti contractus, so müßte eigentlich Abweisung „angebrachter Maßen" (wegen plus petitio re, I, 232[3])

Vertrages geltend machen. Von Amtswegen tritt eine Berücksichtigung der noch nicht erfolgten Gegenleistung, wie nach ALR., nicht ein. Erscheint also der Beklagte im Verhandlungstermine nicht, so erfolgt Versäumnisurteil und zwar einfach auf Leistung, nicht auf Leistung Zug um Zug.

Für die Frage der Beweislast ist es übrigens gleichgültig, ob nach dem zur Anwendung gelangenden Rechte der Mangel der geschehenen oder wenigstens angebotenen Gegenleistung von Amtswegen (wie nach ALR.) oder nur auf Einrede (wie nach Gemeinem Recht und BGB.) berücksichtigt wird. Auch in letzterem Fall ist diese sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrages nichts weiter als ein Hinweis auf eine mangelnde materielle Klagevoraussetzung, also sog. negative Litiskontestation (I, 190[3]). Denn der Kläger hat zu beweisen, daß seine Klage schlüssig ist. Steht fest, daß sein Anspruch einem gegenseitigen Vertrag entspringt, so folgt aus dem Begriffe des letzteren, daß der Kläger — vom Falle vereinbarter oder gesetzlicher Vorleistungspflicht abgesehen — nur Leistung gegen Gegenleistung beanspruchen kann. Behauptet der Kläger, daß er schon geleistet habe oder daß der Beklagte vorleisten müsse, so muß der Kläger dies beweisen, falls der Beklagte es bestreitet. Zwischen ALR. und BGB. ist also nicht hinsichtlich der Beweislast, sondern nur bezüglich der Behauptungspflicht ein Unterschied vorhanden.

[2]) Im rR. wurde die **exceptio non adimpleti contractus** als Unterart der **exceptio doli generalis** (I, 247, vgl. l. 5 C. 8, 44) zuerst gegen den **argentarius** gegeben, der den Kaufpreis für versteigerte Sachen einklagte, bevor er die Sachen geliefert hatte (Gajus Inst. IV § 126), später allgemein, z.B. bei Kaufpreisklagen vor Übergabe nach der Formel (l. 25 D. 19, 1): „**si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est.**"

Digitized by Google

erfolgen, weil der Kläger bestenfalls Leistung Zug um Zug gegen seine Gegenleistung hätte verlangen dürfen. In solchem Falle hat nun nach BGB. § 322 „die Geltendmachung des dem anderen Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist." Über die Vollstreckung eines auf Leistung Zug um Zug gehenden Urteils vgl. neue CPO. §§ 726 Abs. 2, 756, 765 (I, 346[11]).

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wird erst beseitigt durch wirkliche Leistung, während bei den unvollkommen zweiseitigen Verträgen das Zurückbehaltungsrecht schon durch Sicherheitsleistung ausgeschlossen wird, oben S. 167, vgl. BGB. §§ 273 Abs. 3, 320 Satz 3. Die Leistung muß ferner vollständig und vertragsmäßig sein.

1. Vollständige Leistung.

α. Sind bei einem gegenseitigen Vertrag auf der einen Seite mehrere Beteiligte vorhanden, deren jeder nur eine Teilleistung verlangen darf oder bewirken muß (zB. mehrere Parteigenossen, sofern teilweise Berechtigung oder Verpflichtung vereinbart ist, vgl. BGB. § 427), so kann doch nicht jeder nach Bewirkung der ihm obliegenden Teilleistung sein Teilrecht geltend machen; vielmehr kann ihm der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden (BGB. § 320 Satz 2).

β. Nur durch Bewirkung der ganzen Leistung erwächst der Anspruch auf die Gegenleistung. Jedoch greift auch hier der das ganze moderne Rechtsleben beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben ein. BGB. § 320 Abs. 2 bestimmt: „Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde." Hat zB. A. von B. eine Wohnung mit der Abmachung gemietet, daß er 6 Hausschlüssel erhalten

Digitized by Google

müsse, so kann er die Mietzahlung nicht deshalb verweigern, weil ihm beim Einzuge bloß 5 Hausschlüssel übergeben sind, sondern er kann nur den für die Anfertigung eines sechsten Hausschlüssels erforderlichen Betrag zurück halten.

2. Vertragsmäßige Leistung.

Nur eine dem Vertrag entsprechende Leistung giebt dem Leistenden den Anspruch auf die Gegenleistung. Dem unter Anbietung einer nicht vertragsmäßigen Leistung die Gegenleistung Verlangenden steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages also ebenso entgegen, als wenn er keine Leistung angeboten hätte. Die gemeinrechtliche Unterscheidung einer exceptio non adimpleti contractus bei Nichtleistung und einer exceptio non rite adimpleti contractus bei mangelhafter Leistung (I, 237[4]) hat daher regelmäßig keine praktische Bedeutung. In beiden Fällen hat der die Gegenleistung beanspruchende Kläger die Beweislast. Der Beklagte hat (nach BGB., S. 210[1]) nur zu behaupten: „Ich habe die mir zustehende Leistung noch nicht erhalten." Nur dann rechtfertigt sich eine solche Unterscheidung, wenn die mangelhafte Leistung als Vertragserfüllung vom Gegner angenommen worden ist. Dann dreht sich nämlich die Beweislast um. Hat der eine Teil die Leistung als vertragsmäßig „empfangen", so ist mindestens zunächst die Bedingung eingetreten, unter der seine Pflicht zur Gegenleistung erwächst. Will der Empfänger die einmal als vertragsmäßig angenommene Gegenleistung nachträglich bemängeln, so muß dies im Wege einer wahren Einrede, deren Grundlagen er nachweisen muß, geschehen (I, 237[4]). BGB. § 363 bestimmt daher: „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei." Für manche Verträge sind hierbei noch besondere Vorschriften gegeben, so besonders für den Kauf (actio und exceptio redhibitoria und quanti minoris, BGB. §§ 459 ff.).

Digitized by Google

c. Einfluß veränderter Umstände.

Die das Verkehrsleben gefährdende Theorie von dem Einflusse veränderter Umstände auf die Rechtsbeständigkeit der Verträge (III, 453[4]) ist im modernen Recht (abgesehen vom ALR.) grundsätzlich aufgegeben worden (vgl. jedoch BGB. §§ 610, 775). Nur bei den gegenseitigen Verträgen muß die „clausula rebus sic stantibus" als stillschweigend vereinbart gelten. Denn dem Wesen dieser auf Austausch von Leistungen gerichteten Verträge würde es widersprechen, wenn ein Teil zu einer Leistung verpflichtet werden würde, während begründete Befürchtung besteht, daß der Gegner die ihm obliegende Gegenleistung nicht werde bewirken können. Für den Regelfall der Leistung Zug um Zug sind beide Teile hinreichend gesichert, hierfür bedarf es also keiner Gesetzesvorschrift. Muß jedoch die eine Vertragspartei vorleisten, die Gegenleistung also „kreditieren" (S. 3[4]), so kann sie gemäß § 321 BGB. die eigene Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, „wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird."

d. Einfluß einseitiger Leistungsunmöglichkeit.

Da das Wesen der gegenseitigen Verträge in einem Austausche von Leistungen besteht, so ist die Leistungspflicht jedes Teils davon abhängig, daß die des anderen Teils zu Recht besteht.[8]) Ist daher der Vertrag für den einen Teil wegen einer für diesen vorliegenden ursprünglichen Leistungsunmöglichkeit nicht bindend, so ist er völlig nichtig und es kann sich nur um den etwaigen Ersatz des negativen Vertragsinteresses handeln (oben S. 199). Hinsichtlich der nachfolgenden Leistungsunmöglichkeit ist dagegen zu unterscheiden:

---

[8]) Über die besonderen Regeln unterstellten **negotia claudicantia** vgl. III, 371[8].

Digitized by Google

1. Von keinem Teile zu vertretende Unmöglichkeit.

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung in Folge eines Umstands unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung und muß das auf die letztere etwa schon Geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgeben. Dieser Grundsatz des § 323 BGB. entspricht dem ALR. und, abgesehen von einer berühmten Ausnahme[4]), auch dem Gemeinen Rechte. Verlangt der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung an Stelle dieser auf Grund von BGB.

---

[4]) Wie schon S. 125 ausgeführt, stellte das rR. für den Kauf (und für Veräußerungsgeschäfte überhaupt) den Grundsatz auf: **periculum est emtoris** (so zB. l. 8 pr. D. 18, 6, § 3 J. 3, 23), d. h. der Verkäufer behält den Anspruch auf den Kaufpreis auch bei zufälligem Untergange der Kaufsache, während für die übrigen gegenseitigen Verträge der ihrem Wesen entsprechende Grundsatz festgehalten wurde, daß nur der Teil eine Leistung zu bewirken braucht, der dafür die Gegenleistung erhält. So wurde insbesondere für die locatio conductio rei und operarum der richtige Grundsatz aufgestellt: **periculum est locatoris**, d. h. der Vermieter erhält den Mietzins nur für die wirklich gewährte Nutzung und die wirklich geleisteten Dienste (zB. l. 30 § 1 D. 19, 2).

Über den inneren Grund der Regel **periculum est emtoris** (die von Manchen übrigens besonders wegen l. 13, l. 15 § 1 D. 18, 6 und l. 33 D. 19, 2 als nicht quellenmäßig bestritten wird) herrscht seit Jahrhunderten Streit. Nach Windscheid soll dieser Grundsatz sich dadurch rechtfertigen, daß die Kaufsache schon mit Abschluß des Kaufvertrags als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das des Käufers überführt angesehen werde; nach Jhering dadurch, daß bei jedem nicht sofort erfüllten Veräußerungsgeschäft ein Übernahmeverzug des Erwerbers zu unterstellen sei. Dernburg erklärt die Regel geschichtlich aus der anfänglichen Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen. Ursprünglich sei der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis von dem Gegenanspruche des Käufers auf die Sache ganz unabhängig gewesen. Später sei dem Käufer eine **exceptio mercis non traditae** als Unterart der **exceptio doli generalis** gegeben worden, falls der Verkäufer ohne Leistung der Kaufsache Zahlung verlangte. Sei die Sache durch Zufall untergegangen, so stehe diese **exceptio doli** dem Zahlung beanspruchenden Verkäufer nicht entgegen, denn er handele dann bei Einklagung des Kaufpreises nicht vertragswidrig.

Digitized by Google

§ 281 das sog. stellvertretende Kommodum (S. 109, zB. Herausgabe der Versicherungssumme, Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Zerstörer der geschuldeten Sache), so muß er natürlich den Vertrag auch seinerseits erfüllen (BGB. § 323 Abs. 2). Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der für die actio quanti minoris gegebenen Grundsätze (§§ 472, 473).

2. Von einem Teile zu vertretende Unmöglichkeit.

Tritt die Unmöglichkeit ein:

α. in Folge eines vom Gläubiger der unmöglich werdenden Leistung zu vertretenden Umstands oder während eines Annahmeverzugs des Gläubigers in Folge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands: so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, „muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt" (BGB. § 324);

β. in Folge eines vom Schuldner der unmöglich werdenden Leistung zu vertretenden Umstands: so hat der Gläubiger dieser Leistung die Wahl, entweder seine Gegenleistung zu bewirken und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (und zwar bei teilweiser Unmöglichkeit hinsichtlich des ganzen Vertrages, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat) oder vom Vertrage zurückzutreten (BGB. § 325). Er kann aber ferner auch die unter 1. dargelegte, für den Fall nicht zu vertretender Unmöglichkeit gegebene Regelung wählen.

e. Einfluß des Verzugs.

Wie bei den Verträgen überhaupt (S. 143), so giebt auch bei den gegenseitigen Verträgen der Leistungsverzug

Dem deutschen Rechte war der Grundsatz periculum est emtoris fremd; dem folgt das ALR. und das BGB. Nach beiden Gesetzbüchern geht die Gefahr zufälligen Untergangs grundsätzlich erst mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über (ALR. I, 11 § 95, BGB. § 446).

Digitized by Google

des einen Teils dem anderen Teile mangels vertraglicher oder gesetzlicher Vorschrift kein Rücktrittsrecht. In Nachbildung der für den Kauf gegebenen Art. 354—356 des alten HGB. gewährt jedoch BGB. § 326 dem Gegner der in Verzug befindlichen Partei die Befugnis zur Bestimmung einer Nachfrist mit der Wirkung, daß er nach deren fruchtlosem Ablaufe zur Annahme der Leistung nicht mehr verpflichtet ist, vielmehr nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten kann. Hat die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für den Gegner des Säumigen kein Interesse, so steht ihm diese Wahl sogar ohne Setzung einer Nachfrist zu. Bei Fixgeschäften (unten S. 235) endlich ist nach BGB. § 361 im Zweifel als Vertragswille anzunehmen, daß bei nicht rechtzeitiger Leistung der Gegner ohne Weiteres zum Rücktritte berechtigt ist, selbst wenn die Leistung in Folge eines vom Schuldner der Leistung nicht zu vertretenden Umstands unterbleibt (§ 285, oben S. 102).

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten. (BGB. §§ 328—335).

§ 91. Verträge zu Gunsten eines Dritten.

a. Geschichtliche Entwickelung.

Nach rR. war das vertragsmäßige Versprechen einer Leistung an einen Dritten, d. h. einen Anderen als den Vertragsgegner und Versprechensempfänger, rechtsunwirksam. Weder konnte der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten klagen, denn hierzu mangelte es ihm regelmäßig an dem vom rR. erforderten Vermögensinteresse[1]).

[1]) Vgl. insbesondere die oben S. 183[6] wiedergegebene l. 38 § 17 D. 45, 1 (**Alteri stipulari nemo potest**). Hatte freilich der Versprechensempfänger (Stipulant) ein eigenes Interesse an der Leistung an den Dritten (zB. bei versprochener Befriedigung eines Gläubigers des Stipulanten), so konnte er auf Leistung an den Dritten klagen (§ 20 J. 3, 19; l. 38 §§ 20—22 D. 45, 1).

Digitized by Google

noch konnte der Dritte **selbst**, da er nicht Vertragspartei war, die Leistungsklage erheben.[2])

Dem deutschen Rechte war die Auffassung des Schuldverhältnisses als eines juris vinculum zwischen zwei bestimmten, unmittelbar interessierten Personen fremd (II, 451, oben S. 5). So galt es zB. als zulässig, ein Vermögensstück einem Salmann unter der Auflage der Weitergabe an einen Dritten zu übergeben und ein Kapital einer Person zu überlassen, die dafür die Verpflichtung zur Rentenzahlung an einen Dritten übernahm. Allerdings erwuchs aus derartigen zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Verträgen dem Dritten kein unmittelbares Recht, vielmehr hatte nur die Vertragspartei ein Klagerecht auf Leistung an den Dritten, und bis zur Erfüllung konnte daher der Vertrag durch Vereinbarung der Parteien auch gegen den Willen des Dritten wieder aufgehoben werden. Immerhin hatte das deutsche Recht sich von dem den Verkehr sehr beengenden Grundsatz „alteri stipulari nemo potest" frei gehalten. Bei der Rezeption stellte sich nun mit Rücksicht auf die einheimischen Gewohnheiten zunächst der Satz fest, daß Verträge zu Gunsten Dritter unter den Vertragsparteien bindend seien, so daß also der Versprechensempfänger auf

---

[2]) Vgl. l. 11 D. 44, 7: „Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus." In einigen Fällen wurde allerdings schon nach rR. dem Dritten „ex aequitate" eine actio utilis gewährt:

α. bei der donatio sub modo, l. 3 C. 8, 54;

β. bei der Hinterlegung oder Leihe einer fremden Sache mit der Auflage, sie dem Eigentümer herauszugeben, l. 8 § 1 C. 3, 42;

γ. zu Gunsten des Verpfänders einer vom Pfandnehmer unter Vorbehalt des Einlösungsrechts verkauften Sache, l. 13 pr. D. 13, 7;

δ. sofern bei Hingabe einer dos deren Rückgabe an die Frau oder deren Kinder ausbedungen war, l. 45 D. 24, 3, l. 7 C. 5, 14.

Seit Justinian kann man auch Leistungen zu Gunsten seiner Erben ausbedingen (stipulatio post mortem, S. 184[6]).

Kein pactum in favorem tertii, sondern ein Fall unmittelbarer Stellvertretung ist die Vertragsschließung hausabhängiger Personen für den Gewalthaber (III, 510).

Digitized by Google

Leistung an den Dritten klagen könne. Dagegen blieb es bis in die neueste Zeit streitig, unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein selbständiges und daher unentziehbares Recht erhalte. Nach der älteren, auch in das ALR. I, 5 §§ 74 ff. übergegangenen sog. Akzeptationstheorie erlangt der Dritte erst dadurch ein eigenes Recht, daß er dem Vertrage „mit Bewilligung der Hauptparteien" (ALR. I, 5 § 75) beitritt. Nach der neueren sog. Anwachsungstheorie dagegen soll der Dritte mit dem Vertragsschluß ohne Weiteres ein unentziehbares Recht erlangen können, wenn die Vertragsparteien dies beim Abschlusse bezweckten. Diese Theorie wurde fast allgemein anerkannt bei den Gutsabtretungen (II, 611) und bei der Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten.

b. Rechtszustand nach dem BGB.

1. Nach BGB. ist ein eigenes Interesse eines Vertragschließenden überhaupt nicht Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages (S. 206). Ein Vertrag, in dem eine Leistung an einen Dritten ausbedungen ist, ist also mindestens insoweit rechtswirksam, als die Vertragspartei auf Leistung an den Dritten klagen kann. Hinsichtlich der weiteren Frage, unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein selbständiges Klagerecht erhält (eigentlicher „Vertrag zu Gunsten Dritter", „pactum in favorem tertii," das BGB. sagt „Versprechen der Leistung an einen Dritten"), schließt sich das BGB. der Anwachsungstheorie an. § 328 Abs. 1 bestimmt: „Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern." Ob bei einem Versprechen der Leistung an den Dritten unmittelbar dieser oder nur der Versprechensempfänger, also der Vertragschließende, dieses Recht erwerben soll, ob ferner das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern: das ist im Zweifel aus den Umständen, insbesondere aus dem

Digitized by Google

Zwecke des Vertrages zu entnehmen (§ 328 Abs. 2). Für einzelne Fälle hat das BGB. besondere Auslegungsregeln aufgestellt.[3])

[3]) *a.* Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teils, so ist entweder eine wahre Schuldübernahme beabsichtigt, dergestalt, daß an die Stelle des bisherigen, dadurch befreiten, Schuldners der Vertragschließende dem Gläubiger gegenüber als neuer Schuldner eintritt (BGB. §§ 414 ff., unten S. 339), oder nur eine Erfüllungsübernahme, wobei der neue Schuldner sich dem alten gegenüber verpflichtet, ihn von seiner Schuld zu befreien. Für den Fall der bloßen Erfüllungsübernahme ist nun nach BGB. § 329 im Zweifel anzunehmen, daß nur der Versprechensempfänger, nicht unmittelbar der Gläubiger, das Recht erwerben soll, die Erfüllung von dem Übernehmenden zu fordern.

Besondere Vorschriften enthält BGB. §§ 571 ff. (Eintritt des Erwerbers eines vermieteten Grundstücks in die bestehenden Mietsverträge, unten S. 341[3]).

β. BGB. § 330: „Wird in einem Lebensversicherungs- oder einem Leibrentenvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Das Gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird." Wird also zB. über den Nachlaß dessen, der sein Leben zu Gunsten seiner Frau versichert hat, der Konkurs eröffnet, so gehört die Versicherungssumme nicht zum Nachlasse, fällt also nicht in die Konkursmasse.

γ. In welchem Zeitpunkte der Dritte das ihm zugedachte Recht unentziehbar erwerben soll, ist gemäß § 328 Abs. 2 nach dem Vertrage zu beurteilen. In § 331 ist jedoch für einen praktisch wichtigen Fall eine ausdrückliche Regel aufgestellt: „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers." Erst von diesem Augenblick an wird das Recht des Dritten also vererblich und der Einwirkung der Vertragsparteien entzogen.

δ. Der Versprechensempfänger kann sich die Befugnis vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen Anderen zu setzen. Im Fall einer solchen, besonders bei Lebensversicherungsverträgen praktischen Klausel kann die Bezeichnung des dritten Berechtigten im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen (§ 332).

ε. Besonders geregelt ist in BGB. §§ 525 ff. die Schenkung

Digitized by Google

2. Der Dritte erwirbt das Recht auf Grund des Vertrages. Daher stehen dem Versprechenden die Einwendungen aus dem Vertrage, bei gegenseitigem Vertrage die exceptio non adimpleti contractus (zB. bei Versicherungsverträgen der Einwand, daß die Prämie nicht statutengemäß bezahlt ist) auch gegenüber dem Dritten zu (BGB. § 334). Andererseits macht der Dritte nicht (wie in den S. 217[2] erwähnten Ausnahmefällen des rR.) ein vom Rechte des Versprechensempfängers abgeleitetes Recht mit einer actio utilis geltend, sondern ein eigenes Recht. Daher kann der Versprechende gegenüber dem Dritten nicht mit Forderungen aufrechnen, die er gegen den Versprechensempfänger hat.[4])

---

unter einer Auflage (donatio sub modo). Hierbei hat der Dritte grundsätzlich kein eigenes Recht, auf Vollziehung der Auflage zu klagen. Natürlich kann der Schenkungsvertrag aber im Sinne des § 328 Abs. 2 auch bezwecken, ein selbständiges Recht des Dritten zu begründen.

ζ. Aus dem (neuen) HGB. kommen in Betracht — abgesehen von §§ 25 ff. über die Haftung des Übernehmers eines Handelsgeschäfts für die bisherigen Geschäftsschulden bei Fortführung der Firma, S. 351[8] — die §§ 433 ff. (bisher Art. 402 ff.) über das Frachtgeschäft. Danach erlischt das Verfügungsrecht des Absenders, wenn nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben wird. Bis zur Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung kann der Empfänger nur die zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Maßregeln ergreifen, dessen Auslieferung aber nur beanspruchen, wenn der Absender den Frachtführer dazu ermächtigt hat. Ist jedoch ein Ladeschein ausgestellt, so ist das Verfügungsrecht über das Gut von vornherein an den berechtigten Besitz des Ladescheins geknüpft. Das Gleiche gilt im Seefrachtverkehr hinsichtlich des Konossements.

[4]) Nicht zu verwechseln mit den Verträgen zu Gunsten Dritter ist die stellvertretende Vornahme von Geschäften für Dritte. Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten unterscheidet sich von der unmittelbaren Stellvertretung dadurch, daß bei jenem der den Vertrag Abschließende (Versprechensempfänger), bei dieser der Vertretene Vertragspartei und daher Geschäftsherr ist; von der mittelbaren Stellvertretung dadurch, daß bei dieser nur der Versprechensempfänger ein Recht erwirbt, während es für das wahre pactum in favorem tertii kennzeichnend ist (oben S. 218), daß der Dritte allein oder wenigstens neben dem Versprechensempfänger zur Geltendmachung des Rechts befugt ist.

Digitized by Google

3. Nach § 328 wächst bei dahin gehendem Willen der Vertragsparteien dem Dritten das Recht unmittelbar zu. Es kann ihm aber natürlich nicht aufgezwungen werden. Der Dritte kann daher gemäß § 333 das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurückweisen; dann gilt das Recht als nicht erworben.

4. Ob bei wahrem pactum in favorem tertii nur der Dritte oder neben ihm auch der Versprechensempfänger berechtigt sein soll, die Leistung an den Dritten zu fordern, ist nach dem Vertrage zu beurteilen. Gemäß BGB. § 335 spricht die Vermutung für die neben einander bestehende Berechtigung beider.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.[1]) (BGB. §§ 336—345).

§ 92. Draufgabe.

a. Begriff und Wesen.

Draufgabe (Handgeld, arrha, ἀρραβών, vom hebräischen orab, bürgen) ist das gelegentlich des Abschlusses (nicht der Erfüllung) eines Vertrages von der einen Partei an die andere Geleistete. Eine derartige Leistung kann eine verschiedenartige Bedeutung haben.

1. Ist ein Vertrag gesetzlich an keine Form gebunden, so ist es vielfach schwer, festzustellen, ob die Parteiabreden aus dem Zustande der Vorverabredungen bereits in den des bindenden Vertragsabschlusses getreten sind. Erfolgt eine Leistung zum Zeichen des erfolgten Abschlusses des Vertrages (pr. J. 3, 23: „argumentum emtionis et venditionis contractae", l. 35 pr. D. 18, 1: „ut evidentius probari possit, convenisse de pretio"), so spricht man von arrha confirmatoria.

2. Zuweilen (so allgemein im altdeutschen Recht und in vereinzelter Anwendung — bei der Gesindemiete — auch

[1]) Die Zusammenstellung von Draufgabe und Vertragsstrafe in einem Titel rechtfertigt sich dadurch, daß beide Nebenverabredungen sind, die als Bestärkungsmittel der Verträge dienen.

Digitized by Google

im modernen Recht, II, 482) ist die Draufgabe Form (nicht nur Beweis) des Vertragsabschlusses (arrha constitutiva).

3. In manchen Fällen werden mit der Hingabe einer Draufgabe die gleichen Zwecke verfolgt, wie mit der Festsetzung einer Vertragsstrafe (S. 229). Man spricht von arrha poenalis, wenn der Empfänger der arrha sie bei Nichterfüllung[2]) des Vertrages als Schadensersatz oder in Anrechnung auf diesen behalten darf, von arrha poenitentialis (Reugeld, Wandelpön), wenn der Geber durch ihre Aufopferung sich von der Verpflichtung zur Erfüllung befreien darf.[3])

b. Rechtsgrundsätze nach BGB.

1. Wie nach rR., nach ALR. I, 5 §§ 205 ff. und nach dem (im neuen HGB. wegen der Vorschriften des BGB. fortgefallenen) Art. 285 des alten HGB., so gilt auch nach BGB. die Draufgabe im Zweifel nur als Bestärkungsmittel des Vertrages (arrha confirmatoria), nicht

---

[2]) Das rR. kannte jedoch die arrha poenalis nicht nur als Bestärkungsmittel eines rechtsgültig abgeschlossenen, sondern auch zwecks Sicherung des Abschlusses eines erst in Aussicht genommenen Vertrages (arrha contractu imperfecto data). Für den letzteren Fall bestimmt l. 17 § 2 C. 4, 21 (vgl. auch pr. J. 3, 23), daß bei Weigerung des Vertragsschlusses der Geber die arrha behalten, der Empfänger sie und daneben ihren Wert zurückerstatten solle. Dies ist in das Sächsische BGB. übergegangen. ALR. und BGB. dagegen regeln nur die arrha bei, nicht vor Eingehung von Verträgen. Natürlich steht es aber den Parteien frei, rechtsgeschäftlich zu vereinbaren, daß die Partei, welche den Abschluß eines in Aussicht genommenen Vertrages verweigern würde, bestimmte Nachteile erleiden solle.

[3]) Soll eine Draufgabe die Natur einer Wandelpön (arrha poenitentialis) haben, so kann der Empfänger den Geber nicht zur Vertragserfüllung nötigen; dieser hat vielmehr die Wahl, statt zu erfüllen, die Draufgabe zu opfern. Ist dagegen eine Draufgabe als arrha poenalis gemeint, so wird dadurch die Erfüllungsverpflichtung des Gebers nicht geändert: dieser muß erfüllen und der Empfänger hat in dem als Draufgabe Geleisteten nur eine Sicherung der Erfüllung. Die arrha poenitentialis wird hiernach im Interesse des Gebers (Schuldners), die arrha poenalis im Interesse des Empfängers (Gläubigers) gegeben.

Digitized by Google

als Reugeld (BGB. § 336).[4]) Ferner gilt die Draufgabe grundsätzlich nicht als Zugabe, sondern als Angeld (Anzahlung), d. h. sie ist im Zweifel auf die vom Geber geschuldete Leistung anzurechnen, oder, wenn dies nicht geschehen kann, weil die Draufgabe anderer Art ist, als das zu Leistende (es übergiebt zB. der Mieter eines Zimmers als Zeichen des Abschlusses des Mietsvertrags seinen Überzieher der Vermieterin) bei der Erfüllung des Vertrages zurückzugeben (BGB. § 337).[5])

2. Die Zurückgabe muß auch erfolgen, wenn der Vertrag in Folge einer Übereinkunft der Parteien oder eines von keiner Partei oder vom Empfänger zu vertretenden Umstands aufgehoben oder unerfüllbar wird. Wird dagegen in Folge eines vom Geber zu vertretenden Umstands der Vertrag aufgehoben oder seine Erfüllung dem Geber unmöglich, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten (§ 338, ebenso ALR. I, 5 § 218). Die Draufgabe ist also gleichzeitig arrha poenalis. Sie überhebt den Empfänger der Notwendigkeit, den ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages durch den Geber erwachsenen Schaden zu liquidieren. Will der Empfänger sich mit der Draufgabe nicht begnügen, so ist sie auf die Schadensersatzforderung anzurechnen und, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben (BGB. § 338, ebenso ALR. I, 5 § 219).

3. Wie nach rR. und ALR. geht die Draufgabe sofort in das Eigentum des Empfängers über, vorausgesetzt

---

[4]) Dagegen gilt nach Code civil art. 1590 die arrha beim Kaufe kraft Gesetzes als Reugeld.

[5]) Nach ALR. I, 5 §§ 207, 208 gilt die Draufgabe als Angeld (ist also auf die Erfüllung anzurechnen), wenn sie von gleicher Art, als Zugabe, wenn sie von anderer Art ist, als das Versprochene. Ebenso ist nach der gemäß EGBGB. Art. 95 in Kraft bleibenden Preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 §§ 22 ff. der Mietsthaler, dessen Geben und Nehmen die Stelle des schriftlichen Vertrages vertritt (arrha constitutiva), auf den Gesindelohn anzurechnen. Thatsächlich ist in Folge eines entgegenstehenden Ortsgebrauchs vielfach die Nichtanrechnung in Übung, es sei denn, daß das Gesinde die vorzeitige Auflösung des Dienstvertrags verschuldet.

Digitized by Google

natürlich, daß der Gebende zur Eigentumsübertragung willens, befähigt und befugt war. Die Rückforderung der Arrha durch den Geber erfolgt in diesem Falle also nicht mit einer dinglichen Klage (vindicatio), sondern mit einer nur persönlichen Klage (nach rR. condictio causa data, causa finita, bei bonae fidei contractus auch mit der Kontraktsklage, vgl. zB. l. 11 § 6 D. 19, 1) und der Empfänger begeht keine Unterschlagung, wenn er die arrha verbraucht oder veräußert.

§ 93. Vertragsstrafe.

a. Begriff.

Vertragsstrafe (Konventionalstrafe, Strafgeding) ist eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllen würde (BGB. § 339). Die Vertragsstrafe wird regelmäßig in Geld bestimmt; es kann aber auch eine andere nicht verbotene oder unsittliche (vgl. ALR. I, 5 §§ 297, 298) Leistung[1]) als die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen werden, zB. die Leistung von Diensten (BGB. § 342, unten S. 230[5]). Ferner wird in der Regel die Vertragsstrafe sogleich bei Eingehung eines Vertrages bestimmt; sie kann aber auch durch einen Zusatzvertrag nachträglich vereinbart werden. Von der Draufgabe unterscheidet sie sich dadurch, daß sie bei Eingehung des Vertrages nur versprochen, nicht wie die arrha, geleistet wird.

b. Accessorische Natur.

Nach der eingangs gegebenen Begriffsbestimmung setzt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit voraus.

---

[1]) Die nach älterem deutschem Rechte für den Fall nicht gehöriger Vertragserfüllung zulässige Einräumung einer Aufenthaltsbeschränkung (Einlager) oder der Befugnis zur Beschimpfung des Schuldners ist schon durch frühere Reichsgesetze (RPO. von 1577, Reichsabschied von 1600) beseitigt; vgl. I, 350[8] und II, 483.

Digitized by Google

Die Vertragsstrafe ist also accessorischer Natur (III, 74). Daraus folgt:

1. Ist die Hauptverbindlichkeit (das Versprechen einer Leistung) unwirksam (nichtig, oder anfechtbar und angefochten, III, 460), so ist auch die für den Fall ihrer Nichterfüllung vereinbarte Vertragsstrafe[2]) ungültig (BGB. § 344, ebenso ALR. I, 5 § 310). Im rR. erlitt dieser Satz insofern eine Ausnahme, als ein mangels Vorhandenseins eines eigenen Vermögensinteresses des Gläubigers oder einer causa civilis (S. 180) unwirksamer Vertrag durch ein (in gehöriger Form, regelmäßig durch Stipulation) eingegangenes Strafversprechen mittelbar wirksam gemacht werden konnte. Für das BGB. hat dies keine Bedeutung mehr, da weder eigenes Vermögensinteresse (S. 206) noch Vorhandensein einer causa civilis (S. 196) Voraussetzungen der Gültigkeit und Klagbarkeit des Versprechens sind. Immerhin ist die Vertragsstrafe auch nach BGB. bisweilen ein geeignetes Mittel zur Begründung eines klagbaren Rechts, so zB. des Anspruchs auf Entschädigung in Geld wegen des Schadens, der kein Vermögensschaden ist (vgl. BGB. § 253, oben S. 66).

Wird ohne das Vorhandensein einer gültigen Verbindlichkeit eine Strafe für den Fall der Vornahme oder Unterlassung einer Handlung versprochen, so handelt es sich nicht um ein Strafversprechen, sondern um eine bedingte Verpflichtung. Nach BGB. § 343 Abs. 2 kommt aber auch

[2]) In BGB. § 1297 ist noch ausdrücklich das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, für nichtig erklärt (ebenso l. 134 pr. D. 45, 1, anders dagegen ALR. II, 1 § 113). Verpflichtet sich ferner Jemand durch Vertrag, seine Religion zu ändern (III, 120) den Beischlaf zu gestatten, eine Spielschuld zu bezahlen usw., so kann ein derartiges unsittliches und daher nichtiges Versprechen nicht dadurch mittelbar wirksam werden, daß der Versprechende sich für den Fall der Nichterfüllung einer Vertragsstrafe unterwirft. Endlich können natürlich die für gewisse Verträge (zB. den Grundstückskauf, BGB. § 313) auch nach BGB. erforderten Rechtsformen nicht dadurch umgangen werden, daß für den Fall der Nichterfüllung der formlos übernommenen Verpflichtung eine Vertragsstrafe versprochen wird. Das wäre ein „in fraudem legis agere“ (III, 444).

Digitized by Google

auf diese Fälle das später zu erörternde (S. 227) richterliche Ermäßigungsrecht zur Anwendung. Nicht unter den Begriff der Vertragsstrafe fällt ferner die Verwirkungsklausel (lex commissoria, unten S. 233); denn hierbei wird für den Fall der Nichterfüllung nicht eine Leistung versprochen, vielmehr dem Säumigen das Recht auf eine Leistung entzogen.

2. Fällt die Leistungspflicht fort, bevor die Vertragsstrafe verwirkt ist, so wird das Strafversprechen unwirksam. Ist insbesondere der Hauptanspruch verjährt, so ist es auch der Anspruch auf die Vertragsstrafe (BGB. § 224). Andererseits haften Bürgen (BGB. § 767, anders die herrschende Auffassung des Gem. Rechts und ALR. I, 14 § 259) und bewegliche Pfänder (BGB. § 1210, unbewegliche nur bei Eintragung, § 1115) auch für die für Erfüllung der gesicherten Forderung versprochene Vertragsstrafe. Endlich wird die Vertragsstrafe im Konkurse mit der Kapitalsforderung an derselben Stelle angesetzt (KO. § 62[2], bisher § 55[2]) und im Prozesse, sofern sie nur als Nebenforderung geltend gemacht wird, bei der Bewertung des Streitgegenstands nicht berechnet (CPO. § 4).

3. Mit der Verwirkung wird das Abhängigkeitsverhältnis gelockert. Von diesem Augenblick an ist daher eine selbständige Geltendmachung und Abtretung der Vertragsstrafe zulässig; zB. umfaßt die vor (nicht aber die nach) der Verwirkung geschehene Abtretung ohne Weiteres auch die Vertragsstrafe (S. 328). Immerhin bleibt in gewisser Weise der Zusammenhang mit der Hauptpflicht auch nach der Verwirkung gewahrt. So bestimmt BGB. § 341 Abs. 3 in Übereinstimmung mit ALR. I, 5 § 307, daß der die Erfüllung annehmende Gläubiger die auf die nicht gehörige Erfüllung gesetzte und verwirkte Strafe nicht mehr verlangen kann, wenn er sich das Recht dazu nicht bei der Annahme vorbehält. Nach Gem. R. ist dies streitig.

c. Höhe der Vertragsstrafe.

Nach rR. unterlag die Höhe der Vertragsstrafe im Allgemeinen freier Vereinbarung, nur durfte die für den Fall der Verzögerung einer Geldzahlung vereinbarte Ver-

Digitized by Google

tragsstrafe den gesetzlichen Zinshöchstbetrag (S. 45) nicht übersteigen (l. 13 § 26 D. 19, 1, l. 44 D. 22, 1).

Das ALR. schränkte die grundsätzlich anerkannte (I, 5 § 300) Vertragsfreiheit in doppelter Beziehung ein: einmal sollte die für den Fall nicht pünktlicher Darlehensrückzahlung ausbedungene Vertragsstrafe nicht über 6, bei Kaufleuten und Juden nicht über 8 % betragen (I, 11 § 825); andererseits ist (in Anlehnung an l. un. C. 7, 47, vgl. oben S. 69) in I, 5 § 301 vorgeschrieben, daß wenn durch die Vertragsstrafe der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesses übersteigen wird, der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigen muß.

Diese Beschränkungen sind durch die Reichsgesetzgebung beseitigt. Zunächst bestimmte (altes) HGB. Art. 284 für Handelsgeschäfte: „Die Konventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages; sie kann das Doppelte des Interesses übersteigen." Dann wurden durch § 1 des Bundeszinsengesetzes vom 14. November 1867 „Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehens oder einer sonst kreditierten Forderung*) zu leisten sind", der freien Vereinbarung überlassen. Endlich hat das BGB. die Höhe der Vertragsstrafe an sich keiner Beschränkung unterworfen. Nur hat es in dem sozialpolitischen Bestreben, den „wirtschaftlich Schwachen" gegen Ausbeutung zu schützen, in § 343 dem Richter das Recht gewährt (nicht die Pflicht auferlegt, wie in ALR. I, 5 § 301), unverhältnismäßig hohe, noch nicht entrichtete Vertragsstrafen auf Antrag des Schuldners auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedoch jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht

*) Nicht beseitigt wurden hierdurch die gesetzlichen Beschränkungen der Vertragsstrafen für sonstige Fälle. Daher hat die pr. Praxis die richterliche Ermäßigungspflicht auf das Doppelte des Interesses aus ALR. 1, 5 § 301 z.B. in den Fällen für fernerhin anwendbar erklärt, in denen der Mieter für den Fall nicht pünktlicher Mietzahlung sich außer zur Vertragsauflösung auch noch zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet hatte.

Digitized by Google

zu ziehen. Den Beweis der Übermäßigkeit hat natürlich der Schuldner zu führen. § 343 ist dem § 4 des RG. betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 (S. 30[3]) nachgebildet. Auf die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgeschäfts versprochenen Vertragsstrafen findet BGB. § 343 keine Anwendung (neues HGB. § 348).

Von diesem Herabsetzungsrechte des Richters bei unverhältnismäßiger Höhe einer verwirkten Strafe ist der nach Voraussetzungen und Wirkungen verschiedene Fall zu unterscheiden, daß eine Vertragsstrafe im Sinne des § 138 BGB. als wucherlich erscheint. Hierzu genügt nicht (III, 450) die objektive Unverhältnismäßigkeit, sondern es muß weiter ein subjektiver Umstand (Notlage, Leichtsinn, Unerfahrenheit) vorliegen. Liegen diese Voraussetzungen aber vor, dann ist die Strafabrede überhaupt nichtig.

d. Verwirkung der Vertragsstrafe.

1. Voraussetzung der Verwirkung.

Geht der Vertrag auf ein Unterlassen (z.B. auf die Nichtbegründung eines Konkurrenzgeschäfts, III, 445[2]) und ist hierbei eine Vertragsstrafe vereinbart, so ist sie mit der Zuwiderhandlung ohne Weiteres verwirkt (l. 122 § 6 D. 45, 1, BGB. § 339 Satz 2). Das Gesetz unterstellt hier also als mutmaßliche Absicht der Parteien die Übernahme einer Garantie durch den Schuldner, daß die Handlung unterlassen werden wird. Der Schuldner kann sich daher in diesem Falle nicht darauf berufen, daß die Vornahme der Handlung von ihm nicht verschuldet ist.

Verspricht der Schuldner dagegen die Vertragsstrafe für den Fall, daß er eine (positive) Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, so ist die Strafe nach § 339 Abs. 1 BGB. erst dann verwirkt, wenn er in Verzug kommt, d. h. (S. 142), wenn er in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstands die Erfüllung unterläßt oder nicht gehörig bewirkt. Soll in diesem Falle der Schuldner schon bei „objektiver mora" (S. 138[1]) zur Zahlung der Vertragsstrafe verpflichtet sein, so muß dies besonders vereinbart werden.

Digitized by Google

2. Folgen der Verwirkung.

Die Folgen der Verwirkung einer Vertragsstrafe richten sich nach der Bedeutung, die dieser zukommt. Hierbei ist dreierlei möglich: die Vertragsstrafe kann als wahre Strafe, als vorher festgestelltes Vermögensinteresse oder als Wandelpön gemeint sein.

α. Im Gegensatze zum ALR.,[4]) aber in Übereinstimmung mit dem Gem. R., geht das BGB. davon aus, daß die Vertragsstrafe regelmäßig den doppelten Zweck verfolgt, einmal den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten und andererseits den Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Verbindlichkeit seitens des Schuldners der vielfach schwierigen Darlegung („Substanziierung") seines Schadens zu überheben. Das BGB. unterscheidet hierbei die auf die Nichterfüllung von der auf die nicht gehörige Erfüllung gesetzten Vertragsstrafe.

a. Der Schuldner hat die Strafe für den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit versprochen (BGB. § 340). Dann kann der Gläubiger, vorausgesetzt, daß die Strafe verwirkt, d. h. der Schuldner in Verzug ist (§ 339, oben S. 228), wählen, ob er die Erfüllung oder an ihrer Statt (nicht neben ihr, wie im Fall b.) die verwirkte Strafe verlangen will. Wählt er die Erfüllung, dann kann er, falls er sie nicht erlangen kann, immer noch auf die Strafe zurückgreifen. Hat er sich dagegen dem Schuldner gegenüber einmal für die Strafe entschieden, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Steht dem Gläubiger ferner wegen Nichterfüllung ein Schadensersatzanspruch zu (was gemäß BGB. § 253 regelmäßig dann ausgeschlossen ist, wenn es sich nicht um einen

---

[4]) Nach ALR. I, 5 §§ 292 ff. gilt die Vertragsstrafe regelmäßig nicht als Zwangsmittel gegen den Schuldner, sondern nur als das von vornherein vertragsmäßig festgestellte Interesse beider Parteien. Eine höhere Schadensersatzforderung ist daher ausgeschlossen (unten S. 230). Die Praxis (ERG. 20. 33, 33, 219) erkannte aber auch die Zulässigkeit einer wahren Strafabrede an, wobei die Strafe neben dem Schadensersatze zu zahlen ist.

Digitized by Google

Vermögensschaden handelt, oben S. 66), so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Er braucht sich also hierbei keiner Substanziierung seines Schadens zu unterziehen, und andererseits kann der Schuldner (abgesehen von der ihm in § 343 eingeräumten Befugnis, oben S. 227) nicht einwenden, daß die Strafe den Schaden übersteigt. Während der Gläubiger aber nach ALR. I, 5 § 293 niemals einen die Strafe übersteigenden Schadensersatzanspruch geltend machen konnte (oben S. 229[4]), ist nach BGB. § 380 (wie schon nach dem alten HGB. Art. 284, 398) die Geltendmachung eines höheren Schadens, den der Gläubiger aber begründen muß,[5]) nicht ausgeschlossen.

b. Der Schuldner hat die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit *nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit* erfüllt. Dann kann der Gläubiger die verwirkte Strafe *außer* der Erfüllung verlangen. Nimmt er aber die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme der Erfüllung vorbehalten hat (BGB. § 341 Abs. 3), was er beweisen muß.

β. Die vorstehend dargelegten Rechtsnormen sind nicht zwingender, sondern nur dispositiver Natur. Sie treten also nicht in Wirksamkeit, wenn die Parteien Anderes vereinbart haben. Eine solche Vereinbarung kann insbesondere dahin gehen, daß die Vertragsstrafe eine wahre *Strafe* des säumigen Schuldners sein soll, dergestalt, daß bei Nichterfüllung die Strafe *neben* der Erfüllung oder dem vollen Schadensersatze zu leisten ist. Dies ist zB. der Sinn der als lex contractus aufzufassenden Vorschriften der

---

[5]) Der Gläubiger kann also die Strafe verlangen (ohne Substanziierung) und außerdem den darüber hinausgehenden Schaden (mit Substanziierung). Gelingt ihm die Substanziierung nicht, so bekommt er jedenfalls die Strafe. Nur wenn als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen ist, wird durch das Verlangen der Strafe der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen (BGB. § 342), und der Gläubiger, welcher Schadensersatz (in Geld) verlangt, muß den beanspruchten Schaden in voller Höhe substanziieren.

Digitized by Google

öffentlichen Beförderungsanstalten, daß bei ungenügender Frankierung eines Briefes das Doppelte des fehlenden Betrages zu zahlen ist oder daß der ohne gültige Fahrkarte Betroffene außer dem Fahrpreise für die ganze vom Zuge zurückgelegte Strecke einen Geldbetrag als Strafe zahlen muß.

γ. Endlich kann die Vertragsstrafe durch besondere Vereinbarung die Natur eines Reugelds oder einer Wandelpön erhalten. In diesem Ausnahmefalle kann der Schuldner durch Erlegung der Strafe sich von der Verbindlichkeit befreien, also zwischen Erfüllung und Strafleistung wählen, während regelmäßig (S. 229) der Gläubiger dieses Wahlrecht hat.[6])

e. Beweislast.

Der eine Vertragsstrafe beanspruchende Gläubiger muß beim Bestreiten des Schuldners zunächst beweisen, daß und für welchen Fall die Strafabrede getroffen ist. Besteht die Verbindlichkeit in einem Unterlassen, so muß er ferner beweisen, daß der Schuldner der Verbindlichkeit zuwider gehandelt hat. Besteht die Verbindlichkeit dagegen in einem Thun, so muß der Schuldner beweisen, daß er sie erfüllt, und zwar gehörig erfüllt hat (BGB. § 345).

---

[6]) Eine Art gesetzlicher Wandelpön ist durch das neue HGB. § 75 geschaffen. Hat sich ein Handlungsgehülfe seinem Prinzipale gegenüber für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses einer Beschränkung seiner gewerblichen Thätigkeit unterworfen (Konkurrenzklausel, III, 445[2]) und hat er dem Prinzipal für den Fall der Übertretung dieser Beschränkung eine Vertragsstrafe versprochen, so kann der Prinzipal — vorausgesetzt, daß die Abrede überhaupt rechtswirksam ist — nur die verwirkte Strafe verlangen, die noch zudem nach § 343 BGB. herabgesetzt werden kann, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist. Der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.

Eine wichtige Anwendung findet die Vertragsstrafe als Wandelpön bei den Börsenprämiengeschäften, über die unten bei der Lehre von den Börsengeschäften zu sprechen ist.

Digitized by Google

Fünfter Titel. Rücktritt. (BGB. §§ 346—361).

§ 94. Rücktritt.

a. Voraussetzungen.

Die Befugnis einer Partei, beim Eintritte gewisser Voraussetzungen von einem bestehenden Vertrage zurückzutreten, kann entweder auf einem besonderen Nebenvertrage oder unmittelbar auf Gesetz beruhen. Das BGB. behandelt in den §§ 346—361 nur das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, schreibt aber für die zahlreichen Fälle eines kraft Gesetzes bestehenden Rücktrittsrechts die entsprechende Anwendung aller oder einzelner dieser Vorschriften vor.[1])

Der das Rücktrittsrecht begründende Nebenvertrag kann bei oder erst nach Eingehung des Hauptvertrags abgeschlossen werden. Das Rücktrittsrecht kann ferner ohne Weiteres[2])

---

[1]) Wieweit die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gegebenen §§ 346—361 auf die einzelnen Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts Anwendung finden, ist bei den betreffenden Rechtsinstituten darzulegen.

Fälle gesetzlichen Rücktrittsrechts enthalten zB. die §§ 280 Abs. 2, vgl. §§ 283 Abs. 2, 325, 327 (Rücktrittsrecht des Gläubigers bei teilweiser Leistungsunmöglichkeit, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat); 286 Abs. 2, 326, 327 (Rücktrittsrecht des Gläubigers bei Verzug des Schuldners, falls die verspätete Leistung für ihn kein Interesse hat, und bei gegenseitigen Verträgen nach fruchtloser Setzung einer Nachfrist, oben S. 216); 440 (Rücktrittsrecht des Käufers, wenn der Verkäufer seine Gewährleistungspflichten hinsichtlich eines Mangels im Rechte nicht erfüllt); 467, vgl. §§ 493, 515 (Wandelungsrecht des Käufers wegen Mängel der Sache); 527 (Anspruch des Schenkers auf Herausgabe des unter einer nicht vollzogenen Auflage Geschenkten); 634, 636, vgl. § 651 (Wandelungsrecht des Bestellers eines mangelhaften oder nicht rechtzeitig hergestellten Werkes nach fruchtlosem Ablauf einer Frist); 2294, 2295 (Rücktrittsrecht des Erblassers von einem Erbvertrage, wenn der Bedachte sich einer zur Pflichtteilsentziehung berechtigenden Verfehlung schuldig macht oder die vertragsmäßige Verfügung mit Rücksicht auf eine von dem Bedachten übernommene Alimentationsverbindlichkeit getroffen ist und diese vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird).

[2]) Auch in einem solchen Falle soll der andere Teil nicht dauernd im Unsicheren bleiben, ob der Rücktrittsberechtigte sein Recht ausüben wird oder nicht. Ist daher eine Frist nicht vereinbart, so kann

Digitized by Google

zustehen (pactum displicentiae; l. 6 D. 18, 5: si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, vgl. ALR. I, 11 § 331) oder von besonderen Voraussetzungen abhängig sein.[2])

Fälle der letzteren Art sind u. a.:

1. Rücktritt gegen Zahlung eines Reugelds.

Für diesen Fall bestimmt BGB. § 359, daß spätestens bei Erklärung des Rücktritts das Reugeld zu zahlen ist. Geschieht dies nicht, so kann der Gegner die Rücktrittserklärung zurückweisen. Er muß dies jedoch unverzüglich thun, und der Rücktritt bleibt wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.

2. Lex commissoria.

Eine lex commissoria (lex hier = lex contractus I, 63[3]), Verwirkungsklausel, kassatorische Klausel liegt vor, wenn ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen ist, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig (insbesondere nicht rechtzeitig, unten S. 235) erfüllt.[4]) Die Verwirkungsklausel hat nach BGB. § 360 nicht, wie nach der herrschenden Meinung des Gemeinen

---

nach BGB. § 355 vom Gegner eine angemessene Frist bestimmt werden, nach deren fruchtlosem Ablaufe das Rücktrittsrecht erlischt.

Da das Rücktrittsrecht kein Anspruch im Sinne des § 194 (Recht, ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen, III, 582) ist, so unterliegt es nicht der Verjährung (anders die Wandelungsklage, § 477).

[2]) Das rR. und ebenso das ALR. (I, 11 §§ 266 ff.) haben die verschiedenen Arten von Rücktrittsabreden unter dem Gesichtspunkt auflösender Bedingungen (unten S. 234) vorzugsweise beim Kauf entwickelt (pactum displicentiae, lex commissoria, in diem addictio, III, 481); sie haben aber eine allgemeine Bedeutung.

[4]) Über einen Fall, in dem der Abschluß eines Vertrages mit Verwirkungsklausel durch das Gesetz vorgeschrieben ist, vgl. BGB. § 1238: „Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht;" vgl. auch CPO. § 817 (bisher § 718).

Digitized by Google

Rechts, die Bedeutung einer von selbst und dinglich wirksam werdenden auflösenden Bedingung (l. 2 D. de lege commissoria 18, 3: „Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit," unten S. 237), sondern giebt nur dem Gläubiger ein persönliches Recht auf den Rücktritt. Nicht aufgenommen sind ferner die gemeinrechtlichen Sätze, daß die Verwirkungsklausel durch die bloße Thatsache der Nichterfüllung in Kraft tritt, auch wenn der Schuldner nicht in (schuldhaftem) Verzug ist (l. 4 § 4 D. 18, 3), und daß die geleistete Draufgabe und die sonstigen Anzahlungen zu Gunsten des Gläubigers verfallen (l. 6 pr. D. 18, 3). Vielmehr hängt die Entscheidung nach beiden Richtungen von der Vertragsauslegung ab.[5])

---

[5]) Während die Parteien regelmäßig gewollt haben werden, daß die bloße, wenngleich nicht schuldhafte, Nichterfüllung das Rücktrittsrecht begründen soll, bedarf der Verfall des bereits Geleisteten stets besonderer Abrede. Dann gewinnt die Verwirkungsklausel die Bedeutung einer Vertragsstrafe.

Gesetzlich beschränkt ist die Befugnis der Parteien zur Bestimmung der Wirkung einer **lex commissoria** durch das RG. vom 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte. Die wirtschaftlich schwächsten Personen sind vielfach auf Entnahme von Möbeln und Handwerkszeug auf Abzahlung angewiesen. Hierbei behielten sich die Abzahlungsgeschäfte regelmäßig das Recht vor, beim Ausbleiben einer Zahlung die gelieferten Sachen zurückzunehmen und die bis dahin gezahlten Teilbeträge als Entschädigung für die Abnutzung zu behalten. Durch die vertragsmäßig nicht auszuschließende Vorschrift des § 1 RG. vom 16. Mai 1894 ist nun der Verkäufer für verpflichtet erklärt, bei Ausübung des Rücktrittsrechts seinerseits die erhaltenen Anzahlungen zurückzugeben unter Kürzung eines angemessenen Betrages für den Gebrauch und die Wertverminderung der Sachen.

Von der hier behandelten **lex commissoria**, d. h. dem Vorbehalte des Rücktritts bei Nichterfüllung seitens des Schuldners, ist zu unterscheiden:

α. Die ebenfalls **lex commissoria** genannte Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, daß bei nicht rechtzeitiger Erfüllung die Pfandsache dem Gläubiger für seine Forderung zu Eigentum verfallen solle; diese Abrede ist, wie schon nach Gemeinem Recht (Konstantin in l. 3 C. 8, 34 vom Jahre 326) und ALR. I, 20 § 33, so auch nach BGB. §§ 1149, 1229, falls vor Fälligkeit der Forderung getroffen, nichtig;

Digitized by Google

Als stillschweigend vereinbart gilt die Verwirkungsklausel beim Fixgeschäft (oben S. 144[10]). Ist nämlich bei einem gegenseitigen Vertrage bedungen, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist nach BGB. § 361 (vgl. für den Handelskauf neues HGB. § 376, altes HGB. Art. 357) im Zweifel anzunehmen, daß bei nicht pünktlicher Leistung (objektiver Mora, S. 138[1]) der andere Teil zum Rücktritte berechtigt sein soll.[6])

Die Beweislast ist in Übereinstimmung mit § 345 (oben S. 231) in § 358 dahin geregelt, daß der Gegner des Rücktrittsberechtigten, wenn er die Zulässigkeit des Rücktritts bestreitet, weil er erfüllt habe, die Erfüllung zu beweisen hat, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. In letzterem Falle hat der Rücktretende die Zuwiderhandlung zu beweisen.

β. die auch als „kassatorische Klausel" bezeichnete Abrede bei Ratenzahlungen, daß bei nicht rechtzeitiger Zahlung der ganze Rest fällig sein solle. Für Abzahlungskäufe bestimmt § 4 Abs. 2 des RG. vom 16. Mai 1894 (vgl. S. 30[3]): „Die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben solle, kann rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise in Verzug ist und der Betrag, mit dessen Zahlung er im Verzug ist, mindestens dem zehnten Teile des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt."

[6]) Besonders geregelt ist in § 357 der Fall, daß der Gegner des bei nicht gehöriger Erfüllung der Verbindlichkeit zum Rücktritte Berechtigten sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien kann. In einem solchen Falle konnte der Gegner erwarten, daß der Rücktrittsberechtigte nicht auf der Erfüllung bestehen, sondern aufrechnen werde. Täuscht er sich in dieser Erwartung, und erklärt der Berechtigte seinen Rücktritt, so kann der Gegner den Rücktritt dadurch unwirksam machen, daß er unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt. Denn durch diese Erklärung, die gemäß § 389 auf den Zeitpunkt des aufrechnungsfähigen Gegenüberstehens der Leistungen zurückwirkt (S. 290), wird festgestellt, daß der Rücktrittsberechtigte zB. der Rücktrittserklärung gar keinen Anspruch auf Erfüllung mehr hatte.

Digitized by Google

Daß der Vertrag unter einer lex commissoria geschlossen ist, hat der Zurücktretende zu beweisen.

3. In diem addictio.

In diem addictio ist der Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, daß der Rücktrittsberechtigte mit einem Anderen einen für ihn günstigeren Vertrag abschließen kann. Meist wird das Rücktrittsrecht nur bis zu einem vertragsmäßig bestimmten Zeitpunkte zulässig sein (daher der römische Ausdruck in diem addictio; l. 1 D. de in diem addictione 18, 2: „ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat"). Mangels einer derartigen Vertragsbestimmung kann nach BGB. § 355 (oben S. 232[2]) der Gegner eine angemessene Frist setzen.

b. Ausübung des Rücktrittsrechts.

Das Rücktrittsrecht wird ausgeübt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile (BGB. § 349). Die Rücktrittserklärung ist also ein einseitiges, der Annahme nicht bedürfendes, aber nur dem Gegner[7]) gegenüber vorzunehmendes, sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (III, 352). Der einmal erklärte Rücktritt ist unwiderruflich.

c. Wirkungen des Rücktritts.

Durch die ordnungsmäßige Ausübung eines vertragsmäßigen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts wird der Vertrag von Anfang an[8]) beseitigt. Es müssen daher auch die auf der Grundlage des Vertrages eingetretenen Rechtsfolgen wieder rückgängig gemacht werden. Hierfür sind zwei Wege möglich:

---

[7]) Über die Beteiligung Mehrerer bestimmt BGB. § 356: „Sind bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen."

[8]) Dadurch unterscheidet sich das Rücktrittsrecht von der Kündigung, durch die ein Vertrag nur für die Zukunft beseitigt wird.

Digitized by Google

Entweder der Rechtszustand, der vor dem Eingehen des Vertrages bestanden hat, tritt von Rechtswegen (ipso jure) wieder ein, so daß die Vertragsfolgen mit dinglicher Wirkung und daher auch gegen Dritte als wieder beseitigt gelten. Diesen Weg schlug das neuere rR. und das ALR. ein, die das Rücktrittsrecht als eine dem Vertrage beigefügte auflösende Bedingung behandeln (III, 496).

Oder die Ausübung des Rücktrittsrechts wirkt nur zwischen den Parteien, so daß diese einander gegenüber (persönlich) verpflichtet sind, den früheren Zustand wiederherzustellen. Dies ist der Standpunkt des BGB., woraus sich im Einzelnen die nachstehenden Folgerungen ergeben:

1. Nach erfolgtem Rücktritte sind die Parteien verpflichtet (§ 346), einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (persönliche Rückgewährspflicht, obligatio ad restituendum in integrum). Ist auf Grund des Vertrages ein Gegenstand zu Eigentum übertragen, so bedarf es zur Wiederherstellung des früheren Zustands der Rückübertragung. Hat nun ein Dritter auf Grund des wieder aufgelösten Vertrages etwas erworben (zB. eine mit Verwirkungsklausel verkaufte Sache), so kann er zur Rückleistung des Erworbenen selbst dann nicht angehalten werden, wenn er von dem Rücktrittsrechte Kenntnis hatte, denn der Rücktritt wirkt eben nur unter den Parteien.

2. Für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr unterscheidet das BGB. in Nachbildung der im Gemeinen Recht für die Wandelungsklage (actio redhibitoria) ausgebildeten Grundsätze:

α. „Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten" (BGB. § 346 Satz 2).

β. „Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist" (§ 350). Die Gefahr trägt also der Geber. Beruht dagegen die Unmöglichkeit ordnungsmäßiger Rückgabe auf einem vom Rücktritts-

Digitized by Google

berechtigten zu vertretenden Umstande, so ist der Rücktritt ausgeschlossen.[9])

3. Für die Art und den Umfang der Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen ist der Grundsatz maßgebend, daß jeder Teil schon vom Empfang an mit der Möglichkeit der Rückgabe rechnen mußte. Der Anspruch auf Schadensersatz bei Unmöglichkeit ordnungsmäßiger Rückgabe sowie der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen und auf Ersatz von Verwendungen soll sich daher nach den Vorschriften richten (§ 347), die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten, also nach den §§ 987 ff. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfangs an (mit 4 %, S. 45) zu verzinsen.

4. Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen (§ 348). Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung bestimmen, daß er die spätere Annahme ablehne. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird dann der Rücktritt unwirksam (§ 354).

---

[9]) Im Einzelnen bestimmen die diesen Grundsatz enthaltenden §§ 351—353: Der Rücktritt ist ausgeschlossen

α. wenn eine wesentliche Verschlechterung — als solche gilt auch der Untergang eines erheblichen Teils —, der Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstands von dem Rücktrittsberechtigten, von seinem gesetzlichen Vertreter oder von Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient (§ 278), verschuldet ist (§ 351);

β. wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352).

Dagegen wird durch eine rechtliche Verfügung (Veräußerung, Belastung) des Rücktrittsberechtigten über den empfangenen Gegenstand das Rücktrittsrecht nicht ohne Weiteres beseitigt. Denn der Rücktrittsberechtigte kann durch Rückerwerb oder Freimachung des Gegenstands sich zur Rückgewähr wieder in den Stand setzen. Daher bestimmt § 353, daß in diesem Falle der Rücktritt nur dann von vornherein ausgeschlossen ist, wenn bei demjenigen, der den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen der §§ 351, 352 vorliegen, d. h. wenn der Gegenstand nicht mehr in rückgabefähigem Zustand ist. Als Verfügung des Berechtigten gilt auch eine im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrests oder durch den Konkursverwalter erfolgende Verfügung.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 95. Erlöschen. Allgemeines.

a. Erlöschensgründe.

1. Erlöschen durch Erfüllung.

Das Schuldverhältnis erreicht seinen Zweck und damit sein natürliches Ende durch die **Erfüllung**,[1]) d. h. durch das Bewirken der Leistung seitens des Schuldners (unten § 97). Unter bestimmten Voraussetzungen wirken aber auch gewisse andere Thatsachen als Erfüllung. Von diesen sog. **Erfüllungssurrogaten** regelt das BGB. in dem das Erlöschen der Schuldverhältnisse behandelnden dritten

[1]) Das BGB. (ebenso wie das ALR. I, 16 §§ 20, 28) nennt „**Erfüllung**" die Befriedigung des Gläubigers durch Bewirkung der Leistung seitens des Schuldners, während der Ausdruck „**Zahlung**" auf die Erfüllung von Geldschulden beschränkt ist (zB. §§ 244, 272). Bisher war der gemeinrechtliche Sprachgebrauch sehr schwankend. Auch in den Quellen bedeutet **solutio** bald jedes Erlöschen der Verbindlichkeit („**Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam**" l. 54 D. 46, 3), bald nur Erfüllung („**solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit**, l. 176 D. 50, 16). Erfolgt eine Zahlung nicht zur Tilgung, sondern zwecks Begründung einer Verbindlichkeit, dann sprechen die Quellen von **numeratio** („Auszahlung", zB. in der Verbindung **exceptio non numeratae pecuniae**); vielfach jedoch wird **numeratio** auch gleichbedeutend mit Geldzahlung zwecks Erfüllung gebraucht (zB. l. 9 § 3 D. 4, 2). Die Erfüllungssurrogate werden als **satisfactio** bezeichnet.

Digitized by Google

Abschnitte des II. Buchs nur die Annahme an Erfüllungsstatt (unten S. 253), die Hinterlegung (unten § 98) und die Aufrechnung (unten § 99), während die Novation, die im Gemeinen Recht eine große Rolle spielte, als besonderes Rechtsinstitut nicht mehr anerkannt ist (unten § 96).

2. Erlöschen ohne Erfüllung.

In zahlreichen Fällen erlischt ein Schuldverhältnis, ohne daß der Gläubiger die Leistung oder ein Leistungssurrogat erhält. Unter den Gründen, die ein Erlöschen des Schuldverhältnisses ohne Erfüllung herbeiführen können, lassen sich zwei Arten unterscheiden: solche, die bei allen Rechtsverhältnissen, und solche, die nur bei Schuldverhältnissen vorkommen können.

α. Thatsachen, die auch bei anderen Rechtsverhältnissen als den Schuldverhältnissen als Aufhebungsgründe eintreten können, sind z. B. der Auflösungsvertrag[2]),

---

[2]) α. Das ältere römische Recht ging von dem Grundsatz aus, daß die Lösung eines Schuldverhältnisses derselben Form bedürfe, wie die Begründung (contrarius actus): „Prout quidque contractum est, ita et solvi debet“ (l. 80 D. 46, 3). Das (in klassischer Zeit veraltete) nexum (I, 157) konnte daher nur wieder „per aes et libram“ (nexi liberatio), die Litteralobligation nur litteris (oben S. 191), die Stipulation (S. 181[3]) nur durch einen entsprechenden Verbalvertrag, nämlich die acceptilatio (Quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo, § 1 J. 3, 29) aus der Welt geschafft werden. Nur bei den nudo consensu begründeten Konsensualverträgen genügt, sofern mit ihrer Erfüllung noch nicht begonnen war (re integra), der contrarius consensus (sog. mutuus dissensus, l. 35 D. 50, 17). Sollte eine andere als eine Verbalobligation durch acceptilatio beseitigt werden, so mußte sie vorher in eine Stipulationsschuld umgeschafft (noviert, S. 247) werden (stipulatio Aquiliana, S. 188[10]).

Das prätorische Recht hat den eingangs erwähnten Grundsatz durchbrochen. Insbesondere gab der Prätor dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger, der durch formloses pactum de non petendo sich verpflichtet hatte, die Forderung nicht geltend zu machen, eine exceptio. Immerhin blieb die acceptilatio für die Fälle des Erlaßvertrags (S. 296) von Bedeutung. Sie wirkte insofern energischer, als sie die Schuld ipso jure (S. 298) tilgte, während das pactum de non petendo nur bei Vorschützung (ope exceptionis) in Wirkung trat.

Digitized by Google

die auflösende Bedingung (III, 494), der Endtermin (III, 497), der Tod des Gläubigers (zB. beim Leibrentenvertrage), der Tod des Schuldners (zB. bei persönlich zu leistenden Diensten), die Verjährung (III, 616).

β. Erlöschensgründe, die nur bei Schuldverhältnissen in Frage kommen können, sind zB. Erlaß (unten § 100), veränderte Umstände (S. 213), Unmöglichkeit der Erfüllung (S. 105), Verzug (S. 138), Konfusion[3]) d. h. dauernde Ver-

---

β. Nach ALR. I, 5 §§ 385 ff. genügt zur Aufhebung noch nicht erfüllter Verträge im Allgemeinen mündliche Aufhebung unter Kassation des etwa errichteten schriftlichen Vertrages, selbst wenn die Vertragschließung der Schriftform bedurfte. Ist der Vertrag aber schon erfüllt oder erfolgt die Aufhebung unter Bedingungen oder mit Nebenabreden, so muß, insoweit zur Errichtung des Vertrages Schriftform erforderlich war, auch die Aufhebung schriftlich erfolgen. Notwendig gerichtlich zu schließende Verträge können endlich nur durch gerichtliche Erklärung wieder aufgehoben werden.

γ. Das auf dem Grundsatze der Formfreiheit beruhende BGB. (III, 433) enthält keine Vorschriften über die Form des Auflösungsvertrages. Einer Form bedarf nicht einmal der abstrakte negative Anerkenntnisvertrag (Erlaßvertrag, § 397 Abs. 2, unten S. 298) während für das positive Schuldanerkenntnis Schriftform erforderlich ist (§ 781).

[3]) L. 21 § 1 D. 34, 3: **confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione** (vgl. ALR. I. 16 § 476). Vorausgesetzt ist jedoch, daß die Vereinigung dauernd und vollständig ist. Daher tritt Konfusion nicht ein, wenn die eine Partei die andere nur **cum beneficio inventarii** beerbt, und nach BGB. § 1976 (vgl. II, 711), wenn die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist; ebensowenig, wenn eine Nacherbfolge (fideikommissarische Substitution) angeordnet ist (BGB. § 2143); vgl. ferner noch §§ 2175 (Vermächtnis), 2377 (Erbschaftskauf). Endlich wirkt die Konfusion in der Person eines Gesamtschuldners (S. 365) nicht für die übrigen (§ 425 Abs. 2). Vereinigen sich dagegen Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner (§ 429 Abs. 2, S. 371).

Allgemein ist der Grundsatz, daß Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person erlöschen, im BGB. nicht ausgesprochen. Der dies bestimmende § 291 des I. Entwurfs ist als selbstverständlich gestrichen worden, wie überhaupt das BGB. in der Regel keine Grundsätze zum Ausdrucke bringt, die sich aus dem Wesen der Rechtsverhältnisse von selbst ergeben.

Digitized by Google

einigung von Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht in einer Person.[4])

b. Wirkung.

Nicht alle Erlöschensgründe wirken in gleicher Weise. Vielmehr finden sich Verschiedenheiten in doppelter Beziehung.

1. Die meisten Erlöschensgründe beseitigen das Schuldverhältnis unmittelbar (ipso jure), so daß der Richter beim Feststehen der betreffenden Thatsachen einen auf das Schuldverhältnis gestützten Anspruch selbst dann abweisen muß, wenn der beklagte Schuldner sich auf das Erlöschen gar nicht beruft, also zB. in der mündlichen Verhandlung nicht erscheint.

Einzelne Beendigungsgründe dagegen wirken nur ope exceptionis, d. h. es tritt keine Beseitigung des Schuldverhältnisses ein, sondern dem Schuldner erwächst nur eine peremtorische Einrede (I, 250). Er ist also nicht „ipso

---

Über die Bedeutung der Konfusion im Sachenrecht ist später zu sprechen; vgl. BGB. §§ 889 („Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt"), 1163, 1164, 1174 ff. (Eigentümerhypothek), 1063, 1256 (kein Erlöschen von Nießbrauch und Pfandrecht an beweglichen Sachen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestehen dieser Rechte hat).

[4]) Andere Erlöschensgründe sind nur für einzelne Arten von Schuldverhältnissen anwendbar. So gehen manche durch Wertpapiere (Inhaber- und Orderpapiere) verkörperte Forderungen mit der Vernichtung der Wertpapiere unter (S. 263[17]). Über die in Folge von Selbsthülfe eintretende Verwirkung nach dem Decretum Divi Marci vgl. III, 630.

Keine Vorschrift enthält das BGB. über den sog. concursus duarum causarum lucrativarum. Nach rR. ist der Schuldner befreit, wenn der Gläubiger die vom Schuldner geschuldete Leistung anderweit unter gleich günstigen Bedingungen erhält, also zB. wenn er die ihm schenkungsweise versprochene Sache durch Erbgang oder sonst unentgeltlich erwirbt; vgl. l. 17 D. 44, 7: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset (vgl. ähnlich ALR. I, 12 § 380). Das BGB. überläßt die Beurteilung der Frage, ob der Schuldner frei wird, wenn der Gläubiger anderweit das Geschuldete erlangt hat, der Vertragsauslegung.

Digitized by Google

jure“ befreit, sondern nur „ope exceptionis“ und wird daher im Prozesse verurteilt, wenn er den Erlöschensgrund nicht vorbringt. Zu diesen nur ope exceptionis wirksamen Erlöschensgründen gehört vor allem die Verjährung.

2. Die meisten Beendigungsgründe beseitigen das Schuldverhältnis vollständig. Nur in Ausnahmefällen tritt zwar eine Schwächung des Rechts des Gläubigers ein, das Schuldverhältnis bleibt aber bestehen (Naturalobligationen, oben S. 169).

c. Beweislast.

Den Beweis, daß ein gültig entstandenes Schuldverhältnis gelöst ist, hat (als rechtsvernichtende Thatsache) nach allgemeinen Grundsätzen (I, 190[3]) der Schuldner zu führen. Über die Umkehrung der Beweislast, nachdem der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat (exceptio non rite adimpleti contractus) vgl. BGB. § 363 und oben S. 212.

§ 96. Die Novation.[1])

a. Gemeines Recht.

1. Begriff und Voraussetzungen.

Novation (Umschaffung) ist die Aufhebung eines Schuldverhältnisses[2]) durch Begründung eines den gleichen

---

[1]) Digestentitel 46, 2, Codextitel 8, 41: De novationibus et delegationibus. ALR. I, 16 Abschn. 9: Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Umschaffung.

[2]) Es handelt sich hier nur um eine durch den Parteiwillen herbeigeführte Ersetzung eines Schuldverhältnisses durch ein anderes (novatio voluntaria). Daneben kannte das rR. bis auf Justinian eine kraft Rechtssatzes eintretende Umschaffung (novatio necessaria), indem nach Gajus III § 180 (vgl. I, 221[4]) mit der Litiskontestation an Stelle des bisherigen „dare oportere“ das „condemnari oportere“ und mit dem Urteil das „judicatum facere oportere“ trat. Justinian beseitigte die konsumierende Kraft der Litiskontestation und des Urteils (I, 337[4]). Auch schon vorher hatte die gesetzliche Novation nicht die der rechtsgeschäftlichen eigen-

Digitized by Google

wirtschaftlichen Zweck verfolgenden neuen Schuldverhältnisses (l. 1 pr. D. de novationibus et delegationibus 46, 2: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio). Hieraus ergeben sich als Voraussetzungen einer wirksamen Novation:

α. Es muß ein gültiges (wenn auch nicht klagbares, also nur naturales, l. 1 § 1 D. 46, 2) Schuldverhältnis vorhanden sein und ein neues ebenfalls gültiges Schuldverhältnis geschaffen werden.

β. Die Schaffung des neuen Schuldverhältnisses muß in der Absicht geschehen, das frühere zu beseitigen (animus novandi). An sich können die Parteien bei Eingehung eines Schuldverhältnisses, das die Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses bezweckt, die Absicht haben, das neue Schuldverhältnis entweder neben das bisherige oder an seine Stelle zu setzen, d. h. die Schaffung des neuen Schuldverhältnisses kann entweder nur erfüllungshalber oder an Erfüllungsstatt erfolgen (unten S. 254[6]). Während die älteren römischen Juristen in vielen Fällen (z.B. bei Umwandelung einer bedingten Schuld in eine unbedingte) die Novationsabsicht vermuteten (sog. praesumta novatio), sprach Justinian in l. 8 C. 8, 41 (42) den Grundsatz aus: „voluntate solum esse, non lege novandum“.[3]) Danach tritt

---

tümliche Bedeutung, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis völlig unterging. Insbesondere gingen Pfänder, Bürgen und Konkursvorrechte auch auf den Klage- und Urteilsanspruch über (I, 343).

[3]) Nach römischem Civilrecht lief der Schuldner, der in zwei verschiedenen rechtsförmlichen Verpflichtungsakten die gleiche Leistung versprochen hatte, wegen der formalen Natur derartiger **stricti juris obligationes** Gefahr, aus beiden Erklärungen haftbar gemacht zu werden. Daher wurde bei erneuter Verpflichtung zu einer bereits gültig begründeten Verbindlichkeit Untergang dieser durch Umschaffung vermutet. Als später unter dem Einflusse des prätorischen Rechts, insbesondere nach Schaffung der **exceptio doli generalis** (I, 247), die Berücksichtigung der Absicht der Beteiligten in den Vordergrund trat, fiel diese Befürchtung fort, und es wurden nun Geschäfte zugelassen, die dem Gläubiger mehrere Wege eröffneten, einen bestimmten Anspruch durchzusetzen. Hierzu diente vor allem das durch das prätorische Recht geschaffene **constitutum** (Erfüllungsver-

Digitized by Google

Novation nur ein, wenn die Parteien dies erklären. Doch bedarf es nach der richtigen Meinung keiner ausdrücklichen Erklärung dieses Willens (anders ALR. I, 16 § 454), es genügt vielmehr sog. tacita novatio, d. h. der Novationswille kann auch aus den Umständen entnommen werden, er wird nur nicht mehr kraft Gesetzes vermutet (vgl. EG. 14, 210).

---

sprechen). Es unterschied sich von der Novation in mehrfacher Hinsicht; zunächst durch seine Formlosigkeit. Während die Novation nur in der Form der Stipulation gültig war, war das constitutum ein pactum praetorium (S. 196), das auch bei formloser Eingehung eine Klage (actio de pecunia constituta, actio constitutoria) erzeugte. Ferner trat der Anspruch aus dem constitutum neben die bisherige Verpflichtung, nicht wie bei der Novation an ihre Stelle. War also z.B. ein Kaufpreis durch constitutum versprochen, so konnte der Verkäufer nach seiner Wahl entweder die actio emti oder die actio constitutoria anstellen. Daher gingen beim constitutum (anders wie bei der Novation, S. 249) die Nebenrechte nicht unter und blieben die Einreden aus dem bisherigen Schuldverhältnisse bestehen. Wurde freilich eine naturalis obligatio konstituiert, so war der Gläubiger natürlich auf die actio constitutoria allein angewiesen. Im Übrigen diente das constitutum den gleichen wirtschaftlichen Zwecken, wie die Novation. Insbesondere konnte dadurch die Erfüllung einer geschuldeten Leistung an einem bestimmten Zahlungstermine vereinbart und damit dem Schuldner eine Stundung gewährt werden. Eigentümlich war hierbei, daß der nicht rechtzeitig erfüllende Schuldner einer Prozeßstrafe in Höhe der Hälfte (partis dimidiae constitutae pecuniae, Gajus IV § 171) verfiel. Wie die Novation, konnte auch das constitutum zwischen den bisherigen Parteien (constitutum debiti proprii) oder unter Eintritt eines neuen Schuldners (constitutum debiti alieni) vorgenommen werden. Im letzteren Falle lag eine Art von Verbürgung vor, mit dem Unterschiede von der eigentlichen Bürgschaft (adpromissio), daß diese rein accessorisch ist, während das constitutum debiti alieni ein selbständiges Erfüllungsversprechen des Konstituenten darstellte und daher nur durch wirkliche Erfüllung unterging, dagegen dem Einflusse der die Hauptschuld nachträglich verändernden Ereignisse (besonders der Verjährung) entzogen war. Nach vorjustinianischem Rechte konnte das constitutum sich nur auf vertretbare Sachen beziehen. Nur Bankiers (argentarii) konnten auch hinsichtlich nicht fungibler Sachen Erfüllungsversprechen abgeben (sog. receptum argentarii mit besonderer Klage: actio recepticia, vgl. über den heutigen kaufmännischen Verpflichtungsschein HGB. § 363, altes HGB. Art. 301). Justinian hob diese Beschränkung

Digitized by Google

2. Form.

Nach justinianischem Rechte, das den Litteralkontrakt nicht mehr kannte (S. 192), geschah die Novation ausschließlich durch stipulatio (S. 188). Diese Rechtsform ist in das moderne Gemeine Recht und die neueren Gesetzgebungen nicht übergegangen[4]), und es ist daher für das Gemeine Recht streitig, ob die Novation überhaupt noch anzuerkennen ist oder ob sie nicht wenigstens die Anwendung einer Vertragsform voraussetzt, welche nach modernem Rechte, gleich wie ehemals die Stipulation, eine abstrakte Verbindlichkeit zu schaffen im Stande ist (wie der Wechselvertrag). Die herrschende Meinung erkennt jedoch auch die Novation

---

auf, und damit fiel die Besonderheit des **receptum argentarii** fort. Ferner ging die Prozeßstrafe **partis dimidiae** und die ehemalige Beschränkung der **actio constitutoria** auf Jahresfrist in das justinianische Recht nicht über.

Vom BGB. wird das Erfüllungsversprechen ebensowenig wie die Novation (unten S. 250) als ein, besonderen Rechtsregeln unterstehendes, eigenartiges Rechtsinstitut behandelt. Die das Schuldrecht des BGB. beherrschende Vertragsfreiheit gewährt aber den Beteiligten die Möglichkeit, durch ihre Vereinbarungen alle diejenigen wirtschaftlichen Zwecke zu erreichen, die ehemals durch Konstitut und Novation verfolgt wurden. Insbesondere kommt die Schuldanerkennung als Unterbrechungsgrund der Verjährung in Betracht (BGB. § 208, vgl. ALR. I, 9 § 562 „gegenseitiges Anerkenntnis des Rechts"). Ist es zweifelhaft, ob die Parteien nur konstituieren (eine neue Verbindlichkeit neben die alte) oder novieren (eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten setzen) wollten, so spricht nach BGB. § 364 Abs. 2 eine Rechtsvermutung für das Konstitutum und gegen die Umschaffung.

[4]) Den gleichen wirtschaftlichen Zwecken dient heute zwar der Wechsel (S. 184[7]), aber gerade bei Schaffung einer Wechselschuld für eine bestehende Schuld (zB. A. giebt dem B. 1000 Mk. als Darlehen, B. akzeptiert einen von A. auf ihn gezogenen Wechsel über 1000 Mk.) liegt in den seltensten Fällen ein **animus novandi** vor. Die Wechselhingabe erfolgt (wie unten bei der verwandten Lehre von der **datio in solutum** darzulegen ist, S. 253) regelmäßig nicht zwecks Novation, d. h. Ersetzung des bisherigen Schuldverhältnisses durch die Wechselschuld, sondern nur erfüllungs*halber*, derart, daß der Gläubiger neben der bestehen bleibenden ursprünglichen Schuld nur ein schneidigeres und schleunigeres Mittel zur Erzwingung der Leistung des Schuldners erhält.

Digitized by Google

durch formlosen Vertrag an; für diese Anschauung treten insbesondere diejenigen ein, die dem formlosen Vertrage die Fähigkeit beilegen, abstrakte Schuldverbindlichkeiten zu schaffen (Otto Bähr, oben S. 187⁹).

3. Arten.

Zu unterscheiden ist die Novation ohne und die mit Personenwechsel.

α. Bei der Novation ohne Personenwechsel (novatio simplex) bleiben die Parteien die gleichen, es kann sich hierbei also nur um Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses handeln: Ersetzung einer materiellen durch eine abstrakte Verbindlichkeit, im rR. vor allem zur Ermöglichung einer Akzeptilation, unten S. 298, Ersetzung einer bedingten oder befristeten durch eine unbedingte oder sofort fällige Verbindlichkeit; „quod ex emto mihi debes dare spondes?".

β. Bei der Novation mit Personenwechsel (novatio qualificata) tritt entweder ein neuer Schuldner oder ein neuer Gläubiger ein.

a. Eintritt eines neuen Schuldners.

Tritt in ein zwischen A. als Gläubiger und B. als Schuldner bestehendes Schuldverhältnis C. als neuer Schuldner ein (Interzession, unten S. 33ᵛ), so sind verschiedene Möglichkeiten gegeben. Es kann die Absicht vorhanden sein, entweder, daß der Gläubiger neben dem verpflichtet bleibenden B. in C. einen zweiten Schuldner erhalte (Bürgschaft, Gesamtschuld) oder daß C. an B.'s Stelle trete. In diesem letzteren Falle sind wieder — abgesehen von dem Fall, in welchem C. sich nur dem B. gegenüber zur Befriedigung des A. verpflichtet, wo also zwischen C. und A. gar keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen eintreten sollen (Erfüllungsübernahme, S. 339) — zwei Möglichkeiten gegeben. Entweder C. succediert unter Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses in die Verbindlichkeit des ausscheidenden B. (Schuldübernahme, unten S. 340), oder es wird an die Stelle des zwischen A. und B. bestehenden und

Digitized by Google

nunmehr gelösten Schuldverhältnisses ein neues zwischen A. und C. gesetzt („Quod Titius mihi dare oportet, id dare spondes?"). Nur in letzterem Falle liegt eine Novation vor.[5]) Hierzu bedarf es stets der Einwilligung des Gläubigers, denn dieser braucht sich natürlich keinen anderen Schuldner aufdrängen zu lassen. Dagegen bedarf es nicht der Einwilligung des bisherigen Schuldners, wie ja auch die Erfüllung durch einen Dritten das Schuldverhältnis regelmäßig selbst „invīto debitore" löst (oben S. 80): „liberat me is, qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim" (l. 8 § 5 D. 46, 2). Man pflegt heute diejenige Novation unter Eintritt eines neuen Schuldners, die sich ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners vollzieht, als Expromission zu bezeichnen, während man den normalen Fall, in dem der bisherige Schuldner (B., Delegant) den neuen Schuldner (C., Delegat) anweist, sich dem Gläubiger (A., Delegatar) zu verpflichten, passive Delegation, Schuldüberweisung, delegatio debiti nennt.[6])

---

[5]) Der praktische Unterschied zwischen Schuldübernahme und Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners liegt vor allem darin, daß nur bei ersterer der neue Schuldner in ein bestehen bleibendes Schuldverhältnis eintritt, also auch die dem bisherigen Schuldner zustehenden Einreden geltend machen kann (BGB. § 417, unten S. 343).

[6]) In den Quellen werden die Ausdrücke expromissio und delegatio durcheinander für fast alle Novationsfälle verwendet.

Das ALR. nennt Expromission die im Anschluß an die Bürgschaft in I. 14 §§ 399 ff. behandelte Schuldübernahme durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger, die sich von der Novation dadurch unterscheidet, daß nicht an die Stelle des alten ein neues Schuldverhältnis tritt, sondern nur an Stelle des alten ein neuer Schuldner in das bestehen bleibende Schuldverhältnis succediert (unten S. 342). Als Delegation wird im ALR. I, 16 §§ 264 ff. diejenige Art der Anweisung behandelt, bei der der Schuldner (Assignant) seinem Gläubiger (Assignatar) eine Anweisung auf einen Dritten (Assignaten) giebt und der Gläubiger den Dritten mit dessen Einwilligung an Stelle des Schuldners als Schuldner annimmt. Auch hierin ist keine Novation zu erblicken. Vielmehr succediert der Gläubiger (Assignatar) in die Forderung des Schuldners (Assignanten) gegen den Dritten (Assignaten).

Digitized by Google

b. Eintritt eines neuen Gläubigers.

Der Eintritt eines neuen Gläubigers (D.) in ein zwischen A. und B. bestehendes Schuldverhältnis kann sich ebenfalls in verschiedener Weise und demgemäß mit verschiedenen Wirkungen vollziehen. Entweder D. tritt unter Aufrechterhaltung des zwischen A. und B. bestehenden Schuldverhältnisses nur in A.'s Rechte ein (Cession, unten S. 304); oder es wird an Stelle des zur Lösung gelangenden Schuldverhältnisses zwischen A. und B. ein ganz neues zwischen D. und B. gesetzt (Novation): „Quod Titio debes, mihi dare spondes?". Natürlich wird B. sich dem D. gegenüber nur verpflichten, wenn er dadurch seiner Verbindlichkeit gegen A. ledig wird, und dies setzt voraus, daß A. (Delegant) den B. (Delegaten) anweist, sich dem D. (Delegatar) zu verpflichten. In diesem Falle spricht man von aktiver Delegation, Forderungsüberweisung, delegatio nominis.

4. Wirkung.

Durch die Novation wird das bestehende Schuldverhältnis mit seinen Vorzügen (zB. Konkursprivilegien) und Nebenrechten (Pfändern, Bürgen, Konventionalstrafe, Zinsen) von Rechtswegen (ipso jure) beseitigt. An seine Stelle tritt das neue Schuldverhältnis, das andererseits den Einreden aus den früheren nicht mehr ausgesetzt ist. Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß das als bestehend angenommene frühere Schuldverhältnis gültig bestand. Wird daher zB. eine bedingte Schuld noviert, so gilt die neu eingegangene Schuld nur für den Fall, daß die Bedingung der alten eintritt (l. 8 § 1 D. 46, 2). Meist wird das neue Schuldverhältnis abstrakt eingegangen (nach rR. durch Stipulation, nach modernem Rechte durch Wechsel oder Schuldanerkenntnis); dann entsteht es jedenfalls zunächst, kann aber (mit condictio indebiti, sine causa, causa data causa non secuta, III, 363) angefochten werden, wenn es materiell hinfällig ist. Das Novationsversprechen kann aber auch das bisherige Schuldverhältnis als Bestimmungsgrund in sich aufnehmen (zB. Quidquid ex vendito dare facere oportet, dare spondes? l. 27 D. 46, 2).

Digitized by Google

In diesem Fall ist das Bestehen der novierten Schuld Gültigkeitsbedingung der neugeschaffenen. Diese ist also nichtig (nicht wie bei der abstrakten Novation nur anfechtbar), wenn die novierte Schuld nicht gültig bestand.

b. Bürgerliches Gesetzbuch.

Um die große praktische Bedeutung der Novation für das rR. zu verstehen, muß man sich vergegenwärtigen, daß von seltenen Ausnahmen abgesehen (S. 195), nach rR. ein Vertrag nur beim Vorhandensein einer causa civilis klagbar war. Daher mußte zB. jede Veränderung einer Stipulationsschuld von neuem in Stipulationsform versprochen werden. Ebenso erschwert war der Eintritt eines neues Gläubigers oder Schuldners wegen der Festhaltung des Begriffs der obligatio als eines juris vinculum (oben S. 4[5]).

Für das moderne Recht sind diese Hindernisse fortgefallen, einmal wegen der das BGB. beherrschenden Vertragsfreiheit und Formlosigkeit (oben S. 196), andererseits wegen der Möglichkeit, durch Cession (unten S. 304) einen neuen Gläubiger, durch Schuldübernahme (unten S. 339) einen neuen Schuldner in das im Übrigen fortbestehende Schuldverhältnis einzuführen.

Das BGB. behandelt daher die Novation überhaupt nicht mehr als selbständiges Rechtsinstitut und stellt nur in § 364 Abs. 2 eine Rechtsvermutung dahin auf, daß, wenn der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt (zB. für eine Warenschuld einen Wechsel akzeptiert), darin keine Novation liegen soll, d. h. daß das Eingehen der neuen Verbindlichkeit als erfüllungshalber nicht als an Erfüllungsstatt erfolgt anzusehen ist (unten S. 254[6]).[7])

[7]) Ferner bestimmt BGB. § 607 Abs. 2: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen." In einer derartigen Vereinbarung kann eine Umschaffung liegen, wenn die Absicht der Parteien nämlich dahin ging, das alte Schuldverhältnis durch ein neues mit der Wirkung zu ersetzen, daß ein Zurückgreifen auf jenes völlig ausgeschlossen ist und die für die alte Schuld gegebenen Bürgen und

Digitized by Google

Hat hiernach die Novation im BGB. ihre wesentliche bisherige praktische Bedeutung und die Natur eines selbständigen, eigenartig geregelten Rechtsinstituts verloren, so sind andererseits die Parteien an ihrer Benutzung doch nicht gehindert und sogar darauf angewiesen, so oft beabsichtigt wird, dem Schuldner Einreden aus dem bisherigen Schuldverhältnis abzuschneiden oder die mit der alten Verbindlichkeit verknüpften Nebenrechte (Pfänder, Bürgen) auf die neue nicht zu übernehmen. Nur spricht die Vermutung (§ 364 Abs. 2) gegen das Vorhandensein des animus novandi. Praktisch verwendet wird die Novation heute vor allem im Kontokurrentverkehr, d. h. wenn die Parteien einander gegenseitige Leistungen mit der Abrede machen, daß nicht jede dieser Leistungen, sondern nur der Überschuß (Saldo) geltend gemacht werden solle, der sich bei einer nach Abschluß einer bestimmten Rechnungsperiode vorgenommenen Abrechnung ergeben würde (unten S. 291). Erleichtert wird die Anwendung der Novation nach BGB. dadurch, daß dieses in den §§ 780 ff. das an einfache Schriftform gebundene abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis aufgenommen hat. Dadurch ist ein bequemes Mittel gegeben, eine kausale durch eine abstrakte, prozessual schneller durchführbare und den etwaigen bisherigen Einreden entzogene Verbindlichkeit zu ersetzen.

Pfänder frei werden. Regelmäßig (vgl. ebenso ALR. I, 11 § 867) hat eine derartige Vereinbarung aber nur die Bedeutung, daß das „Kreditierte" sich für die Zukunft hinsichtlich der Kündigung, Verzinsung, Verjährung usw. nach den gesetzlichen Vorschriften über das Darlehen richten solle und der Gläubiger Darlehen als Klagegrund solle angeben dürfen, daß aber die für die bisherige Schuld (zB. das Kaufgeld) gewährten Sicherheiten nicht frei werden und der Schuldner ferner nicht gehindert ist, verteidigungsweise auf die alte Schuld zurückzugreifen.

Digitized by Google

Erster Titel. Erfüllung. (BGB. §§ 362—371).

§ 97. Erfüllung.[1])

a. Voraussetzungen.

Erfüllung ist das Bewirken der geschuldeten Leistung an den Gläubiger zwecks Tilgung der Verbindlichkeit. Voraussetzungen wirksamer Erfüllung sind hiernach:

1. Es muß die geschuldete Leistung bewirkt werden. Das bedeutet:

α. Von Erfüllung kann man nur sprechen, wenn etwas geschuldet ist, also ein gültiges Schuldverhältnis besteht. Dagegen können nicht nur erzwingbare, sondern auch sonstige Verbindlichkeiten (Naturalobligationen, S. 170) erfüllt werden.

β. Der Gläubiger braucht grundsätzlich die geschuldete Leistung nur im Ganzen (oben S. 29), ferner nur am richtigen Orte (oben S. 83) und endlich nur zu gehöriger Zeit (oben S. 93) anzunehmen.

γ. Der Gläubiger braucht nur die geschuldete Leistung, nicht etwas Anderes als Erfüllung anzunehmen (l. 2 § 1 D. 12, 1: „aliud pro alio invito creditori solvi non potest"). Soll daher eine Schuld durch eine andere als die geschuldete Leistung getilgt werden, so bedarf es der Einwilligung des Gläubigers[2])

---

[1]) Digestentitel 46, 3, Codextitel 8, 42: **De solutionibus et liberationibus.** ALR. I, 16, Abschnitt 2: Von der Zahlung.

[2]) Nur in einem Falle wurde nach rR. einem Gläubiger auch gegen seinen Willen „**aliud pro alio**" aufgezwungen (**datio in solutum necessaria**). In Novelle 4 c. 3 (**Authentica „Hoc nisi"** zu l. 16 C. 8, 42) führte Justinian das sog. **beneficium dationis in solutum** ein. Danach sollte ein zahlungsunfähiger Schuldner zwecks Vermeidung der Konkurseröffnung berechtigt sein, seine Grundstücke, sofern er sie nicht veräußern kann, nach Auswahl des Gläubigers zu einem amtlich ermittelten Taxpreis in Zahlung zu geben. Noch erweitert wurde dieses **beneficium** zu Gunsten der Kirchen und milden Stiftungen in Novelle 120 c. 6 (**Authentica „Hoc jus porrectum"** zu l. 14 C. 1, 2: Befugnis dieser Institute, unbewegliche Sachen nach ihrer Wahl mit 10% über den Taxwert an Zahlungsstatt zu geben) und für die im dreißigjährigen Kriege verarmten Schuldner im JRA. § 134 (auch bewegliche Sachen). Alles dies ist durch EGKO. § 4 beseitigt.

Digitized by Google

zu dieser sog. datio in solutum (das BGB. spricht richtiger nicht von „Hingabe", sondern von „Annahme an Erfüllungsstatt", denn es kommt auf den Willen des Gläubigers, nicht auf den des Schuldners an). Nimmt jedoch der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt an, so erlischt dadurch das Schuldverhältnis in gleicher Weise[3]) wie durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung (BGB. § 364). In Entscheidung einer berühmten gemeinrechtlichen Streitfrage[4]) bestimmt BGB. § 365 weiter,

---

Umgekehrt kennt aber das Reichsrecht einen Fall, in welchem eine Hingabe an Zahlungsstatt selbst mit dem Willen des Gläubigers unzulässig ist. Nach der Reichsgewerbeordnung §§ 115—119b sind nämlich die Gewerbetreibenden verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung bar auszuzahlen. Sie dürfen den Arbeitern selbst mit deren Einwilligung (§ 117) nicht Waren kreditieren oder an Zahlungsstatt geben; Verbot des sog. Truck- (engl. truck spr. tröck, Tausch)systems. „Doch ist es gestattet, den Arbeitern Lebensmittel für den Betrag der Anschaffungskosten, Wohnung und Landnutzung gegen die ortsüblichen Miet- und Pachtpreise, Feuerung, Beleuchtung, regelmäßige Beköstigung, Arzeneien und ärztliche Hülfe, sowie Werkzeuge und Stoffe zu den ihnen übertragenen Arbeiten für den Betrag der durchschnittlichen Selbstkosten unter Anrechnung bei der Lohnzahlung zu verabfolgen" (§ 115). Arbeiter, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise berichtigt worden sind, können jederzeit Barzahlung verlangen; das ihnen Gegebene fällt der Ortshülfskasse für Arbeiter oder der Ortsarmenkasse zu.

Vgl. ferner neues HGB. § 195 (bisher Art. 210) Abs. 3 (mindestens 1/4 des Aktienkapitals muß vor der Anmeldung bar eingezahlt sein) und BGB. §§ 1149, 1229 (Verbot der lex commissoria bei der Hypothek vor der Fälligkeit der Forderung und beim Pfand vor Eintritt der Verkaufsberechtigung, oben S. 234[5]).

[3]) Zwischen Sabinianern und Prokulianern bestand Streit darüber (Gajus Inst. III § 168), „si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberatur, quod nostris praeceptoribus (d. h. den Sabinianern I, 125) placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus (den Prokulianern) visum est". Justinian entschied für die ipso jure Beseitigung des Schuldverhältnisses durch datio in solutum pr. J. 3, 29).

[4]) Im Falle der Eviktion (Entwehrung durch einen dritten Berechtigten) der in solutum gegebenen Sache soll nach l. 46 pr. D. 46, 3 die ursprüngliche Verbindlichkeit (nebst deren Pfändern

Digitized by Google

daß der Schuldner, der eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben hat, hinsichtlich etwaiger Mängel des Hingegebenen wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten hat. Der Gläubiger kann danach nicht unter Rückgabe der angenommenen Sache auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen.[5]) Die für diese haftenden Pfänder und Bürgen werden also mit der Annahme an Erfüllungsstatt endgültig frei.[6])

---

und Bürgen) als fortbestehend gelten, während nach l. 4 C. 8, 44 der Gläubiger wie ein Käufer zu behandeln ist, also nicht auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen kann. Die herrschende Meinung überließ bei der Unmöglichkeit, diese beiden Stellen zu vereinigen, dem Gläubiger die Wahl, ob er die ursprüngliche Forderung oder sein Interesse wegen der Eviktion geltend machen wollte (ähnlich ALR. I, 16 §§ 242 ff, sofern die Entwehrung hinnen Jahresfrist erfolgt, sonst wird der Gläubiger als Käufer behandelt).

[5]) Eine Sondervorschrift enthält CPO. § 835 (bisher § 736) Abs. 2. Nach der Pfändung einer Forderung kann der Gläubiger sie nach seiner Wahl sich entweder zur Einziehung (zahlungshalber, unten Anm. 6) oder an Zahlungsstatt zum Nennwert überweisen lassen (unten S. 310[11]). In letzterem Falle geht die Forderung des Gläubigers nur insoweit unter, als die gepfändete Forderung besteht. Stellt sich bei deren Einziehung also heraus, daß sie nicht besteht, so gilt die zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung des Gläubigers nicht als getilgt. Besteht dagegen die an Zahlungsstatt überwiesene Forderung, so ist der Gläubiger darauf angewiesen, sich daraus zu befriedigen. Er kann nicht, wie bei der Überweisung zur Einziehung, auf die Überweisung verzichten (§ 843, früher § 742) und sich an andere Vermögensstücke des Schuldners halten, auch nicht, wenn der überwiesene Schuldner zahlungsunfähig ist.

[6]) Nicht zu verwechseln mit der die Forderung des Gläubigers sogleich und ipso jure tilgenden Hingabe an Erfüllungsstatt (datio in solutum) ist die Hingabe erfüllungshalber (datio solutionis causa; bisher sagte man „an Zahlungsstatt" und „zahlungshalber", oben S. 253). Hierbei nimmt der Gläubiger nicht aliud pro alio als Erfüllung an, sondern erklärt sich nur bereit, seine Befriedigung zunächst aus dem ihm erfüllungshalber gegebenen Gegenstande suchen zu wollen. Wenn z.B. A. dem B. aus einer Warenlieferung 1000 Mk. schuldet und ihm statt des baren Geldes einen von C. akzeptierten Wechsel („Rimesse") indossiert, so ist, selbst wenn B. sich hiermit einverstanden erklärt, als Absicht der Beteiligten nicht anzunehmen, daß B.'s Warenforderung durch Hingabe des Wechsels getilgt sein soll. Vielmehr ist mangels anderweiter besonderer Vereinbarung die Hingabe des Wechsels als nur

Digitized by Google

δ. Der Gläubiger gerät, wie S. 151 ausgeführt, nur dann in Annahmeverzug, wenn er die Leistung ablehnt, trotzdem sie ihm so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten ist. Lehnt der Gläubiger die Leistung als nicht schuldgemäß ab, so trifft den Schuldner die Beweislast, daß die angebotene Leistung schuldgemäß ist. Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung aber einmal als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er aus der angeblich nicht schuldgemäßen Erfüllung Rechte herleitet (exceptio non rite adimpleti contractus, BGB. § 363, oben S. 212).

ε. Was zur Bewirkung der geschuldeten Leistung gehört, ist nach dem Inhalt und der Art der zu erfüllenden Verbindlichkeit zu beurteilen. Hat der Gläubiger insbesondere

---

erfüllungshalber erfolgt anzusehen. B. ist verpflichtet, dem C. den Wechsel zur Zahlung vorzulegen und die zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Handlungen, insbesondere, falls erforderlich (nämlich wenn es sich um einen Domizilwechsel mit benanntem Domiziliaten handelt oder regreßpflichtige Vorindossanten vorhanden sind, S. 85[5]), Protesterhebung vorzunehmen, und kann, bis es sich entschieden hat, ob er auf diesem Wege Zahlung erlangen wird, seine ursprüngliche Forderung gegen A. nicht geltend machen. Diese ist aber bestehen geblieben; zahlt daher C. nicht, so kann B. unter Rückgabe des Wechsels nunmehr von A. Zahlung der Warenschuld beanspruchen.

Für einen Fall hat das BGB. eine besondere gesetzliche Vermutung dahin aufgestellt, daß eine zwecks Befriedigung des Gläubigers erfolgende Leistung nicht als an Erfüllungsstatt geschehen anzusehen ist. § 364 Abs. 2 bestimmt: „Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt." Wenn also A. dem B. für Waren 1000 Mk. schuldet und einen von B. auf ihn gezogenen Wechsel gleicher Höhe akzeptiert, so ist B., falls A. den Wechsel nicht einlöst, nicht auf die Wechselklage angewiesen, sondern kann seine ursprüngliche Warenforderung — natürlich unter Rückgabe des Wechsels — geltend machen, was zB. für den Fall, daß der Wechsel wegen eines Formmangels nicht einklagbar ist, von Bedeutung sein kann. „Wechselhingabe noviert nicht" (oben S. 246[4]).

Über die Frage, ob die Zahlung durch anderes als Währungsgeld solutio oder datio in solutum ist, vgl. III, 312[2], 331[1], über Girozahlung, Skontration, Abrechnungsstellen unten S. 293[33].

Digitized by Google

ein Recht auf Übertragung des Eigentums an einer Sache, so muß ihm das Eigentum als unbeschränktes (also zB. nicht mit einem Pfandrechte belastetes, l. 20 D. 46, 3) und unwiderrufliches [7]) übertragen werden.

2. Die Leistung muß an den Gläubiger erfolgen. Im rR. wurde dieser Grundsatz wegen der Unzulässigkeit der Cession (S. 300), des Versprechens der Leistung an einen Dritten (S. 216) und der unmittelbaren Stellvertretung (III, 508) thatsächlich durchgeführt. Sollte die Zahlung außer an den Gläubiger auch an einen Dritten erfolgen dürfen, so mußte dies bei Eingehung der Stipulation berücksichtigt werden. Dies konnte entweder so geschehen, daß neben dem Gläubiger ein Dritter eine selbständige Stipulation (adstipulatio) auf den Leistungsgegenstand abschloß (Quod Titio debes, idem mihi dare spondes?). Dann wurde der Dritte (adstipulator) nach außen hin wahrer Korrealgläubiger, konnte also wie ein solcher durch Stundung, Erlaß, Aufrechnung über die Forderung verfügen, während er dem Hauptgläubiger gegenüber die Stellung eines Beauftragten hatte. Es lag also ein fiduziarisches Verhältnis vor (oben S. 183[6]). Oder die Stipulation wurde derart vorgenommen, daß der Dritte in dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Schuldvertrage nur zum Zahlungsempfang ermächtigt wurde (solutionis causa adjectus; „mihi aut Titio dare spondes“?). In diesem Falle war der Dritte zu sonstiger Verfügung über die Forderung nicht befugt. Immerhin hatte er aber eine andere Stellung als der heutige „Inkassomandatar“. Denn der Schuldner hatte ein vertragsmäßiges und daher einseitig durch den Gläubiger nicht entziehbares Recht, an

---

[7]) Dazu ist nach heutigem Rechte wegen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs (II, 538, 570) nicht stets erforderlich, daß der erfüllende Schuldner Eigentümer der übergebenen Sache ist. Schon nach rR. wurde der Schuldner einer Geldsumme durch Zahlung mit fremdem Gelde befreit, soweit der dies nicht wissende Gläubiger die empfangenen Geldstücke mit seinen vermischt (l. 14 § 8, 78 D. 46, 3). Ebenso wurde der Schuldner durch Hingabe einer ihm nicht gehörigen Sache befreit, sobald der Gläubiger sie ersessen hat (l. 60 D. 46, 3).

Digitized by Google

den solutionis causa adjectus zu leisten, während er an den Inkassomandatar nur so lange wirksam leisten kann, als der Gläubiger diesem nicht die Vollmacht zum Empfange der Leistung entzieht, es sei denn, daß der Schuldner die Entziehung weder kennt noch kennen muß (l. 12 § 2, 34 § 3, 38 § 1 D. 46, 3).

Nach modernem Rechte wird der Schuldner durch Leistung an den gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter (III, 521) in gleicher Weise wie durch Leistung an den Gläubiger persönlich befreit. Leistet der Schuldner an einen nicht zur Erfüllungsannahme befugten Dritten, so thut er dies grundsätzlich auf seine Gefahr. Er wird nur befreit (Konvalescenz, vgl. BGB. §§ 362 Abs. 2, 185 und III, 547), wenn der Dritte nachträglich die Forderung erwirbt (l. 96 § 4 D. 46, 3), wenn der Gläubiger den Dritten in unbeschränkter Haftung für die Nachlaßschulden beerbt (l. 11 § 5 D. 13, 7), wenn der Gläubiger die Erfüllung genehmigt (l. 12 § 4 D. 46, 3) oder der Dritte ihm das Geleistete ausantwortet.[8]) Nur ausnahmsweise wird der Schuldner durch Leistung an einen Anderen als den Gläubiger oder seinen Vertreter ohne Weiteres befreit; vgl. über die Erfüllung an den bisherigen Gläubiger seitens des debitor cessus BGB. §§ 407 ff. (unten S. 331), an den Nießbraucher BGB. §§ 1074, 1076 ff., an den Pfandgläubiger §§ 1281, 1282, 1291, an den Überweisungsgläubiger CPO. § 835 (bisher § 736, unten S. 311[11]).

Zum Empfange der Leistung ist nur der verpflichtungsfähige und auch nicht in seiner Verfügungsberechtigung (z B.

[8]) Vgl. l. 61 D. 46, 3: „In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil abest nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio." Streitig ist nach Gem. R. (vgl. l. 11 § 5 D. 13, 7 und l. 6 D. 44, 4), ob eine an den Gläubiger des Gläubigers geleistete Erfüllung (z B. der Aftermieter zahlt den seinem Vermieter zukommenden Mietzins direkt an den Hauswirt) den Schuldner unmittelbar (ipso jure) befreit oder ob die Befreiung nur durch Aufrechnung mit der dem Schuldner als negotiorum gestor durch die Leistung erwachsenden Ersatzforderung eintritt. Für das BGB. ist jedenfalls nur die letztere Anschauung gerechtfertigt.

Digitized by Google

durch Forderungspfändung, Konkurs) beschränkte Gläubiger befugt. Ein Vormund ist regelmäßig nur mit Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts zum Leistungsempfang ermächtigt (BGB. §§ 1812 ff.).

3. Die Leistung braucht regelmäßig nicht durch den Schuldner zu erfolgen, sondern kann auch durch einen Dritten geschehen. Hierüber ist oben in § 76 gesprochen.

4. Endlich wird das Erlöschen des Schuldverhältnisses nur durch eine diese Wirkung bezweckende Leistung herbeigeführt.[9]) Insbesondere ist bei der Leistung durch einen Dritten zu prüfen, ob die an den Gläubiger geschehende Leistung zum Zwecke der Befreiung des Schuldners, d. h. zwecks Tilgung des Schuldverhältnisses, oder in der Absicht des Erwerbes der Forderung geschieht (oben S. 80[2]).

Ist ferner der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so fragt es sich, auf welche Schuld das Geleistete anzurechnen ist. In teilweiser Abweichung von dem bisherigen Rechte[10]) bestimmt BGB. § 366, daß

---

[9]) Streitig ist, ob weiter notwendig ist, daß der Gläubiger die Leistung auch in diesem Sinne angenommen hat, ob also beiderseitiges Einverständnis darüber, daß die Leistung zwecks Erfüllung geschieht, d. h. ein sog. Erfüllungsvertrag, erforderlich ist. Diese Frage kann jedenfalls nur für die Fälle entstehen, in denen die Leistung ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht bewirkt werden kann (zB. Zahlung, Eigentumsübertragung) und ist hierfür zu bejahen; nur wird aus der vorbehaltlosen Annahme des Angebotenen regelmäßig das Einverständnis des Gläubigers zu folgern sein (stillschweigende Willenserklärung, III, 411). Es giebt aber viele Leistungen, die eine Mitwirkung des Gläubigers nicht verlangen (zB. Ausführung des Auftrags, der meisten Dienstverträge). In diesen Fällen kann von Abschluß eines besonderen Erfüllungsvertrags nicht die Rede sein.

[10]) Nach Gem. R. herrscht insbesondere Streit darüber, ob der Schuldner bei der Leistung einseitig auch gegen den Willen des Gläubigers bestimmen darf, welche der Forderungen getilgt sein soll (Dernburg), oder ob diese Wirkung beim Widerspruche des Gläubigers nicht eintritt (Windscheid); vgl. l. 1 ff. D. 46, 3, l. 1 C. 8, 42. Dieser letzteren Anschauung folgt das ALR. I, 16 §§ 150, 151, das einen wahren Anrechnungsvertrag erfordert, mangels eines Ein-

Digitized by Google

diejenige Schuld getilgt ist, welche der Schuldner bei der Leistung bestimmt. „Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt" (§ 366 Abs. 2).

„Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet" (§ 367 Abs. 1).[11]) Während in den Fällen des § 366 zunächst der Schuldner das Bestimmungsrecht hat, braucht sich hier der Gläubiger eine andere Anrechnung als die gesetzliche nicht gefallen zu lassen. „Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen" (§ 367 Abs. 2).

b. Wirkungen.

Durch eine unter den vorstehend angegebenen Voraussetzungen erfolgende Leistung erlischt regelmäßig[12]) das

verständnisses aber die subsidiären gesetzlichen Vorschriften eintreten läßt. Dagegen geht BGB. § 366, wie erwähnt, von der einseitigen Bestimmungsbefugnis des Schuldners aus. Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so geht nach Gem. R. die Anrechnungsbestimmung auf den Gläubiger über, während nach BGB. § 366 Abs. 2 in diesem Falle sofort die subsidiären gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung gelangen.

[11]) Gleiche Anrechnungsgrundsätze sind in der KO. § 48 (bisher § 40) und dem RZwangsversteigerungsgesetze vom 24. März 1897 § 12 aufgestellt.

[12]) Verkörpert sich eine Forderung in einer Sache (wie z.B. die Immobiliarsachenrechte in den grundbuchlichen Eintragungen, die Rechte aus Order- oder Inhaberpapieren im Papiere), so geht sie nicht durch einfache Tilgung, sondern erst mit Vernichtung des sie verkörpernden Gegenstands (Löschung im Grundbuche, Vernichtung des Papiers) unter. So erklärt es sich, daß hierbei trotz Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person keine Konfusion eintritt (oben S. 2[3], Eigentümerhypothek, Indossament des Wechsels an einen vorstehenden Wechselverpflichteten), sowie daß einfache

Digitized by Google

Schuldverhältnis unmittelbar (BGB. § 362). Da den Schuldner beim Streit über das Erlöschen eines Schuldverhältnisses die Beweislast trifft (oben S. 243), so hat er das Recht, von dem bisherigen Gläubiger eine Quittung (quietatio, in den Quellen apōcha, securitas), d. h. ein schriftliches Empfangsbekenntnis zu verlangen, und zwar in bestimmter Form, soweit er an deren Beobachtung ein rechtliches Interesse hat (BGB. § 368).[13]) Durch die Quittung[14]) beweist der Schuldner[15]) gemäß CPO. §§ 415 ff.

Quittungsleistung nicht genügt, sondern Rückgabe oder Kraftloserklärung der über die Forderung ausgehändigten Urkunde erforderlich ist (unten Anm. 17).

[13]) So ist insbesondere der befriedigte Gläubiger der in das Grundbuch eingetragenen Rechte verpflichtet, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 § 29 entsprechende sog. löschungsfähige Quittung zu erteilen, d. h. er muß die Löschungsbewilligung entweder vor dem Grundbuchamte zu Protokoll geben oder in einer öffentlichen oder öffentlich (durch das Gericht oder den Notar) beglaubigten Urkunde erklären (vgl. BGB. §§ 875 Abs. 2, 1144) und ebenso für das bisherige pr. Recht pr.GBO. vom 5. Mai 1872 § 33).

Ist der zur Quittungsleistung Verpflichtete außer Stande (weil Analphabet oder gelähmt), die Quittung eigenhändig zu unterschreiben, so muß er sein Handzeichen (gewöhnlich drei Kreuze, „venerabile crucis signum") gerichtlich oder notariell beglaubigen lassen (BGB. § 126). Nach ALR. I, 16 §§ 93 ff. bedürfen Quittungen von Schreibensunfähigen bis 150 Mk. der Zuziehung eines, darüber hinaus der Zuziehung zweier Zeugen, doch kann in letzterem Falle der Schuldner gerichtliche oder notarielle Quittung verlangen.

[14]) Nach rR. war ein besonderer Anspruch des Schuldners auf Quittungserteilung nicht anerkannt. Der Schuldner mußte, falls der Gläubiger die Erteilung einer apocha verweigerte, den Beweis der Zahlung durch Zeugenzuziehung sichern. Da Quittungen (gleich den Schuldscheinen, oben S. 185[8]) vielfach vor der wirklichen Leistung ausgehändigt wurden, so bestimmte Justinian in l. 14 C. 4, 30, daß sie erst 30 Tage nach der Ausstellung volle Beweiskraft haben sollten. Diese Vorschrift ist durch EGCPO. § 17 beseitigt, wonach die Beweiskraft einer Quittung an den Ablauf einer Frist nicht gebunden ist.

[15]) Das rR. (und ebenso das ALR.) stellte beim Vorhandensein gewisser Umstände eine Rechtsvermutung für die Tilgung einer Schuld auf. Der Schuldner war in diesen Fällen also, auch ohne daß er eine Quittung vorweisen konnte, des ihm sonst zur Last fallenden Beweises der Erfüllung enthoben. Nach l. 3 C. 10, 22

Digitized by Google

(bisher §§ 380 ff.) die erfolgte Leistung.[16]) Zur Quittungsleistung ist der Gläubiger Zug um Zug gegen Empfang der Leistung verpflichtet. Er kommt also in Annahmeverzug, wenn er auf das Angebot des Schuldners, Zug um Zug

soll bei Vorhandensein der Steuerquittungen der drei letzten Jahre die Tilgung der älteren Steuern vermutet werden. Durch die gemeinrechtliche Praxis ist diese Vermutung auf alle terminlichen Leistungen (wie Zins- und Mietzahlungen) ausgedehnt. Nach l. 2 § 1 D. 2, 14 wird durch die Rückgabe und nach l 24 D. 22, 3 durch die Vernichtung der Schuldverschreibung („Kassation" durch Zerschneiden oder Zerreißen, „**si chirographum cancellatum fuerit**") eine Vermutung für die Tilgung der Schuld geschaffen.

Diese Vermutungen sind erweitert in das ALR. I, 16 §§ 97 ff., 133 ff. übergegangen. Nach I, 16 § 133 wird bei terminlichen Leistungen durch Quittungen für nur zwei aufeinanderfolgende Termine, nach I, 11 § 842 bei zinsbaren Darlehen sogar schon durch Quittung über den letzten Zinstermin eine Rechtsvermutung der Tilgung der früheren Termine begründet.

Das BGB. hat keine dieser Vermutungen übernommen, überläßt also alles der freien Beweiswürdigung.

[16]) Die rechtliche Natur der Quittung ist streitig. Es fragt sich, ob in der Quittung nur die Beurkundung einer Thatsache oder eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu erblicken ist. Unter den Anhängern der letzteren Auffassung ist weiter streitig, ob der durch Geben und Nehmen der Quittung geschlossene Vertrag dahin geht, daß das Schuldverhältnis als beseitigt anerkannt wird, oder ob nur ein Beweisvertrag vorliegt, durch welchen der Quittungsleister sich verpflichtet, die Thatsache der erfolgten Erfüllung nicht zu bestreiten.

In Rom wurde zwischen der Wirkung der **acceptilatio** (S. 181[2]) und der **apocha** streng unterschieden; l. 19 § 1 D. 46, 4: „**Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.**" Danach war die **acceptilatio** (als „**imaginaria solutio**", § 1 J. 3, 29) gleich dem heutigen Erlaßvertrag (unten § 100) und der Löschungsbewilligung im Grundbuchverkehr ein abstraktes, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des vorausgesetzten Tilgungsgrundes wirksames Tilgungsgeschäft, während die **apocha** reines Beweismittel war.

Nach modernem Recht ist nur aus den Umständen des einzelnen Falls zu ermitteln, welche rechtliche Bedeutung eine Quittung hat. Regelmäßig hat die Quittung auch heute nur die Bedeutung eines Beweismittels für die Thatsache, daß geleistet ist. Der Gläubiger kann daher in der Regel den durch die Quittung erbrachten Beweis durch den Gegenbeweis vernichten, daß die beurkundete Thatsache

Digitized by Google

gegen Quittung zu leisten, die Quittungserteilung ablehnt. Die Kosten der Quittung trägt regelmäßig der Schuldner. Treten in Folge von Cession oder Erbgang an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last (BGB. § 369). Ferner muß der Gläubiger natürlich die Kosten des Nachweises, daß er Gläubiger ist („seiner Legitimation als Gläubiger"), tragen, zB. wenn er behauptet, Erbe des ursprünglichen Gläubigers zu sein (so ausdrücklich pr. EGG. § 61).

Neben der Quittung kann der Schuldner die Rückgabe des etwa ausgestellten Schuldscheins beanspruchen Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe außer Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte (III, 427) Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei (sog. Mortifikationsschein, BGB. § 371).[17])

---

unwahr ist, zB. daß nicht, wie in der Quittung angegeben, B. an A. am 1. Oktober 1900 die Rechnung vom 1. Juli 1900 mit 1000 Mk. bezahlt hat. Unter Umständen ist aber die Quittungserteilung mit der Wirkung eines Beweisvertrags bekleidet, dergestalt, daß der Gläubiger sich verpflichtet, die Erfüllung als erwiesen anzunehmen, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Es kommt zB. sehr häufig vor, daß ein Kaufmann oder Handwerker Waren mit der im voraus quittierten Rechnung übersendet, der Empfänger erst nachträglich bezahlt, natürlich ohne sich nochmals eine Quittung geben zu lassen. Hier ist die Beweiskraft der Quittung nicht schon durch den Nachweis entkräftet, daß der Empfänger der Ware den Preis nicht an dem in der Quittung angegebenen Tage gezahlt hat. Vielmehr ist als Absicht des Gläubigers bei der Aushändigung der Quittung im voraus zu unterstellen, daß er die Erfüllung als geschehen behandelt wissen will, es sei denn, daß er die Nichterfüllung beweist. Er kann hier also die Quittung nur dadurch entkräften, daß er beweist, daß die Erfüllung nicht nur nicht an dem in der Quittung bezeichneten Tage, sondern, daß sie überhaupt noch nicht erfolgt ist. Streitig ist hierbei freilich, ob Verträge über die Beweislast überhaupt zulässig sind.

Endlich wird vielfach auch der (an die Stelle der acceptilatio getretene) Erlaß- oder negative Anerkennungsvertrag (unten S. 296) in die Form der Quittungserteilung gekleidet.

[17]) Sind über die Schuld Urkunden ausgestellt, die die Bedeutung von Forderungsträgern haben (Hypothekenbriefe, Grundschuldbriefe, Order-, Inhaberpapiere), so braucht der Schuldner nur

Digitized by Google

Über die Ermächtigung des Überbringers einer Quittung zum Leistungsempfang vgl. BGB. § 370 und III, 529[6].

Zweiter Titel. Hinterlegung. (BGB. §§ 372—386).

§ 98. Hinterlegung.[1])

a. Begriff und Voraussetzungen.

Kann der Schuldner eine ihm obliegende Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung er bereit und im Stande ist, aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde, zB. weil der Gläubiger im Annahmeverzug ist oder weil nicht feststeht, wer empfangsberechtigt ist, dem Gläubiger gegenüber nicht erfüllen, so muß ihm durch das Recht die Möglichkeit gewährt werden, sich der Leistung auf andere Weise zu entledigen.[2]) Schon S. 153 ist darauf hinge-

---

gegen deren Rückgabe zu erfüllen (BGB. §§ 797, 1144, WO. Art. 39). In den meisten derartigen Fällen können Urkunden, deren Rückgabe unmöglich ist, im Wege des in der CPO. Buch 9 und in sonstigen Gesetzen (vgl. zB. WO. Art. 73, HGB. § 364, bisher Art. 303) geordneten Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt („amortisiert") werden. Zuweilen jedoch, so vor allem für Banknoten (§ 4 Abs. 3 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875) und Reichskassenscheine (§ 6 Abs. 2 des RG. vom 30. April 1874) ist die Amortisation der untergegangenen Urkunde unzulässig, so daß der Schuldner mit dem Untergange von seiner Schuld befreit ist.

[1]) ALR. I, 16 §§ 213—234. Dritter Abschnitt: Von der Deposition. In den römischen Quellen ist die Deposition nur an einzelnen Stellen erwähnt.

[2]) Ob der Schuldner gegen den Gläubiger eine Klage auf Abnahme der geschuldeten Leistung hat, ist nach dem Inhalte des betreffenden Schuldverhältnisses zu beurteilen. Ein solcher Anspruch wird dem Schuldner mindestens dann zu gewähren sein, wenn der Schuldner ein Interesse an der Abnahme hat. Wenn zB. der Vorstand einer Galerie bei einem Maler ein für die Galerie bestimmtes Bild bestellt, so ist das Interesse des Malers durch das vereinbarte Honorar nicht erschöpft, sondern sein künstlerisches und schließlich auch geschäftliches Interesse geht dahin, in der Galerie zu „hängen".

Die Frage, ob der Schuldner ein Recht auf Abnahme der Leistung hat, ist insbesondere beim Kaufe streitig geworden. Aus den Quellen ist ein derartiges Recht nicht zu begründen. Es heißt zwar in l. 9 D. 19, 1: „Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat." Hier

Digitized by Google

wiesen, daß das moderne Recht von dem energischen Mittel des rR., wonach der Schuldner sich der geschuldeten Sache ohne Weiteres entäußern, zB. als Verkäufer bei Annahmeverzug des Käufers die Kaufsache einfach fortwerfen konnte, zurückgekommen ist (vgl. jedoch über die Besitzaufgabe von Grundstücken BGB. § 303, unten S. 267[7]). Dagegen hilft das moderne Recht dem Schuldner auf einem anderen, übrigens auch schon dem rR. bekannten Wege: durch das Mittel der Hinterlegung (depositio, nicht zu verwechseln mit dem depositum, dem Verwahrungsvertrage), d. h. der Übergabe der Leistung an eine öffentliche Stelle, von der sie der Gläubiger in Empfang nehmen mag.

Voraussetzungen der Hinterlegung zwecks Erfüllung[8]) sind: Vorhandensein eines Hinterlegungsgrundes und einer hinterlegungsfähigen Leistung.

---

liegt aber ein auch im heutigen Baugewerbe sehr häufiger „Kauf auf Abbruch" vor, wobei der sog Käufer gleichzeitig die Verpflichtung der Freilegung des Bauplatzes übernimmt. Dem auf Abnahme der Steine klagenden Verkäufer liegt nichts daran, daß der Käufer die Steine empfängt, sondern er will seinen Bauplatz freibekommen. Immerhin ist für das Gemeine Recht auf diese Stelle die Abnahmepflicht des Käufers gegründet worden. Man streitet jedoch darüber, ob diese Pflicht ohne Weiteres oder nur bei nachgewiesenem Interesse des Verkäufers (zB. zur Vermeidung von den Verkäufer treffenden Lager- oder Futterkosten, EMG. 30, 117) eintritt. Nach dem Vorgange des ALR. I, 11 § 215 bestimmt § 433 Abs. 2 BGB. allgemein: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer ... die gekaufte Sache abzunehmen." Damit ist auch die bisher streitige Frage entschieden, ob eine unbedingte Abnahmepflicht des Käufers für Handelskäufe aus dem (in das neue HGB. nicht übernommenen) Art. 346 des alten HGB. zu begründen ist.

[8]) Es handelt sich hier nur um die Hinterlegung als „Erfüllungssurrogat". Die Hinterlegung erfolgt aber weit häufiger zu anderen Zwecken, so insbesondere zwecks Sicherstellung einer Leistung oder Rückleistung; vgl. zB. BGB. §§ 232 ff. (Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren), 1716 (Hinterlegung des Unterhaltsbetrags seitens des Vaters eines noch ungeborenen unehelichen Kindes), 1814 (Pflicht des Vormunds zur Hinterlegung der dem Mündel gehörigen Inhaberpapiere); CPO. §§ 108 ff. (bisher 101 ff.: Hinterlegung zwecks Bestellung einer prozessualischen Sicherheit), 379 (bisher 344: Hinterlegung eines Vorschusses vor Ausführung eines Beweisbeschlusses), 710 ff. (bisher 650 ff.:

Digitized by Google

1. Hinterlegungsgründe.

Nach dem mit dem bisherigen Recht übereinstimmenden § 372 BGB. kommen als Gründe einer die Erfüllung ersetzenden Hinterlegung in Frage:[4])

α. Annahmeverzug des Gläubigers (oben S. 154) sowie Unmöglichkeit der Erfüllung an den Gläubiger aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde, zB. wenn diesem durch Pfändung (aber ohne Überweisung an einen Anderen, wie im Fall eines Arrests CPO. § 930, bisher § 810, oder einer Vorpfändung CPO. § 845, bisher § 744, unten S. 310[11]) die Verfügungsbefugnis über die Forderung entzogen ist, oder wenn der Gläubiger geisteskrank, aber noch ohne gesetzlichen Vertreter ist; vgl. ähnlich l. 19 C. 4, 32, ALR. I, 16 §§ 215 ff.

β. Nicht auf Fahrlässigkeit beruhende, d. h. entschuldbare Ungewißheit über die Person des Gläubigers, zB. wenn mehrere Erben, Cessionare oder Pfändungsgläubiger die Forderung für sich in Anspruch nehmen.[5])

Hinterlegung zur Ermöglichung oder zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung); WO. Art. 25 Abs. 2 (Hinterlegung beim Regreß auf Sicherstellung wegen nicht erhaltener Annahme des Wechsels).

[4]) Regelmäßig ist der Schuldner nur berechtigt, nicht verpflichtet zur Hinterlegung. Ausnahmen finden sich in BGB. §§ 432 (Hinterlegung einer unteilbaren Sache auf Verlangen eines Gesamtgläubigers), 1077 (Hinterlegung auf Verlangen des Nießbrauchers und des Gläubigers einer Forderung zu Gunsten beider, ebenso § 1281 hinsichtlich verpfändeter Forderungen); ferner WO. Art. 73 (Recht des Eigentümers eines verloren gegangenen Wechsels, nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Hinterlegung der Schuldsumme zu verlangen); vgl. auch Anm. 5γ.

[5]) Für das bisherige Recht ist bestritten, ob auch eine rechtliche Ungewißheit die Hinterlegung begründet. Nach BGB. steht die rechtliche Ungewißheit der thatsächlichen gleich. Es kommt jedoch stets nur eine solche in Betracht, die bei einem verständigen Schuldner die Furcht erwecken muß, noch einmal leisten zu müssen. Wenn also zB. A. dem B. 1000 Mk. schuldet und C. auf Grund eines gegen B. erstrittenen vollstreckbaren Urteils dessen Forderung gegen A. pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt, so kann A. nicht (etwa weil es sich um einen nur vorläufig vollstreckbaren Vollstreckungstitel handelt) hinterlegen, sondern er muß an C. zahlen.

Einige hierher gehörige Fälle sind in der CPO. besonders geregelt:

Digitized by Google

2. Hinterlegungsfähige Leistung.

Nicht alle Leistungen können hinterlegt werden, so zB. nicht Dienstleistungen. Vielmehr beschränkt sich die Hinterlegungsfähigkeit auf körperliche Sachen. Aus praktischen Gründen (wegen der Schwierigkeit und Umständlichkeit der

---

α. Wird der Schuldner von einem von mehreren „Forderungsprätendenten" verklagt, so kann er nach CPO. § 75 (bisher § 72) den übrigen den Streit verkünden (I, 199) und den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme (S. 269[10]) hinterlegen. Er ist dann auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreit — unter Verurteilung in die durch einen etwaigen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten — zu entlassen, und der Prozeß über die Berechtigung an der Forderung wird zwischen den streitenden Gläubigern allein fortgesetzt.

β. Mehrere an einem Gegenstande begründete Pfändungspfandrechte ordnen sich nach dem Grundsatze „**prior tempore, potior jure**"; es geht also die frühere rechtsgültige Pfändung der späteren vor (CPO. § 804, bisher § 709 Abs. 3). Der Auftrag des eine Anschlußpfändung vornehmenden Gerichtsvollziehers geht auf den erstpfändenden über (§ 827, bisher § 728). Wenn nun bei der Zwangsversteigerung in bewegliche Sachen der Erlös nicht die sämtlichen Pfandforderungen deckt, so hat der Gerichtsvollzieher die Verteilung nach der Reihenfolge der Pfändungen vorzunehmen. Sehr häufig bestreitet aber ein nachpfändender Gläubiger dem erstpfändenden das Vorrecht, verlangt also eine andere Verteilung, als nach der Reihenfolge der Pfändungen, sei es, daß er den Vollstreckungstitel des Vorpfänders (zB. als simuliert) oder die Rechtsgültigkeit seiner Pfändung (zB. weil vor Zustellung des Vollstreckungstitels erfolgt) ansicht. Dann hat der Gerichtsvollzieher, da er den Prioritätsstreit zu schlichten natürlich nicht berufen ist, den streitigen Teil des Erlöses zu hinterlegen. Es folgt dann ein Verteilungsverfahren beim Amtsgericht (CPO. §§ 872 ff., früher §§ 758 ff.). Sind die Beteiligten mit dem hierbei aufzustellenden Verteilungsplane nicht einverstanden, so haben sie die Auseinandersetzung über ihre Berechtigung im Prozeßwege zu erwirken; erst durch das rechtskräftige Verteilungsurteil entscheidet es sich, welche der zur Vollstreckung stehenden Forderungen durch die Hinterlegung getilgt ist.

γ. Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, den Schuldbetrag zu hinterlegen (§§ 853 ff., bisher §§ 750 ff.). Damit ist der Drittschuldner von seiner Verbindlichkeit dem Schuldner gegenüber befreit. Das bei Nichtdeckung aller Gläubiger auch hier einzuleitende Verteilungsverfahren ordnet nur die Frage, welche Verbindlichkeit des Schuldners als getilgt gilt.

Digitized by Google

Aufbewahrung) sind aber nach BGB.[6]) auch nur gewisse Arten körperlicher Sachen für hinterlegungsfähig erklärt worden. Nach BGB. § 372 sind nur hinterlegungsfähig: Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten. Doch kann die Landesgesetzgebung nach EGBGB. Art. 146 noch andere bewegliche Sachen für hinterlegungsfähig erklären.[7])

---

[6]) Nach Gem. R. ist die Hinterlegungsfähigkeit aller Mobilien anerkannt, die der Immobilien bestritten. Nach ALR. findet die Hinterlegung bei allen Sachen, auch bei Immobilien statt (I, 16 § 234). Hinsichtlich der Ausführung wird aber in der das Hinterlegungswesen ordnenden Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 unterschieden zwischen Geld, Wertpapieren, Kostbarkeiten einerseits und anderen Gegenständen andererseits. Die ersteren werden bei den Hinterlegungsstellen (S. 268[8]) hinterlegt, in dringenden Fällen beim Amtsgericht in „vorläufige Verwahrung" genommen. Bezüglich der sonstigen Gegenstände hat in Angelegenheiten, welche zur streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, das Amtsgericht die erforderlichen Anordnungen zu treffen. In Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit haben derartige Anordnungen im Wege der einstweiligen Verfügung zu ergehen (CPO. §§ 935, 940, bisher §§ 814, 819).

[7]) Bezüglich der nicht hinterlegungsfähigen Sachen ist durch BGB. §§ 303, 383 ff. Vorsorge getroffen:

α. Unbewegliche Sachen, mit deren Annahme der Gläubiger in Verzug ist, können vom Schuldner, wenn thunlich nach Androhung, preisgegeben werden (§ 303, S. 154). Für die übrigen Hinterlegungsfälle ist ein solches Recht des Schuldners nicht anerkannt.

β. Bewegliche, nicht hinterlegungsfähige Sachen können im Falle des Verzugs des Gläubigers vom Schuldner nach Androhung öffentlich („durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer", BGB. § 383) versteigert und es kann der Erlös hinterlegt werden. Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, können auch aus freier Hand (durch einen hierzu öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person) zum laufenden Preise verkauft werden.

Auch dieser dem (alten) HGB. Art. 343 (vgl. neues HGB. § 373) nachgebildete „Selbsthülfeverkauf" ist nur für den Fall des Annahmeverzugs des Gläubigers eingeräumt; für die sonstigen Hinterlegungsfälle (z.B. Ungewißheit des Empfangsberechtigten) ist er nur anwendbar, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (BGB. §§ 383—386).

Digitized by Google

b. Ausführung der Hinterlegung.

Die Depositon erfolgte bei den Römern an einem öffentlichen Orte (Tempel), später in cimeliarchio, der kirchlichen oder städtischen Schatzkammer (z.B. l. 20 § 1 C. 11, 48), in Preußen bis zur Justizreorganisation (1879) bei den Gerichten, seither bei den landesgesetzlich bestimmten Hinterlegungsstellen.[8]) Nach EGBGB. Art. 144, 145 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen sowie über das Verfahren[9]) unberührt.

Nach BGB. § 374 hat die Hinterlegung bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsorts zu erfolgen; sie ist dem Gläubiger, soweit thunlich, unverzüglich anzuzeigen.

---

[8]) Für Preußen ist das Hinterlegungswesen geordnet durch die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879. Als (dem Finanzminister unterstellte) „Hinterlegungsstellen" sind die Bezirksregierungen bestimmt. Sie ordnen die Annahme und Herausgabe der „Depositen" an. Ihnen dienen als „Hinterlegungskassen", bei denen die Hinterlegung thatsächlich zu erfolgen hat, die Regierungshauptkassen. Für Berlin ist „Hinterlegungsstelle": die „Ministerial-, Militär-, und Baukommission", der als „Hinterlegungskasse" die „Vereinigte Konsistorial-, Militär- und Baukasse" in Berlin dient. Hinterlegtes Geld geht in das Eigentum des Staates über (**depositum irregulare**) und wird (gegenwärtig mit 2½%) verzinst. Wertpapiere und Kostbarkeiten werden unverändert aufbewahrt.

Nach dem alten HGB. Art. 343 soll die Niederlegung der Ware, mit deren Empfangnahme der Käufer im Verzug ist, „in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten", nach dem neuen HGB. § 373 „in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise" erfolgen.

[9]) Nur muß dem Hinterleger die Rücknahme des hinterlegten Betrages mindestens während eines Jahres von dem Zeitpunkt an gestattet werden, mit welchem das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt (unten Anm. 11). Ferner kann die Hinterlegung von einer gerichtlichen Anordnung nicht abhängig gemacht werden. Nach ALR. I, 16 §§ 214, 217, 221 ging dagegen der Hinterlegung ein gerichtliches Verfahren zur Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung voraus, und diese erfolgte auf richterliche Anordnung. Heute prüft die Hinterlegungsstelle nur, ob die von dem Hinterleger in der Hinterlegungserklärung gemachten Angaben die Hinterlegung begründen.

Digitized by Google

Nach beiden Richtungen wird aber der von der Vorschrift abweichende Schuldner nur schadensersatzpflichtig, die Hinterlegung an sich bleibt wirksam.

c. Wirkung der Hinterlegung.

Die Wirkungen der (rechtmäßigen) Hinterlegung sind verschieden, je nachdem die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist oder nicht.

1. „Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache **ausgeschlossen**,[10]) so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte" (BGB. § 378). Der Gläubiger kann sich also nur an die hinterlegte Sache halten, deren Gefahr auf ihn — und zwar bei Übersendung durch die Post schon von der Zeit der Aufgabe zur Post, BGB. § 375 — übergeht. Der Zinsenlauf und der etwa eingetretene Verzug hört auf, Schuldner und Bürgen werden frei. Der Schuldner muß aber andererseits dem Gläubiger ermöglichen, die Sache zu empfangen und, falls hierzu eine „Einwilligungserklärung" erforderlich ist, diese abgeben (§ 380).

---

[10]) Die Rücknahme ist ausgeschlossen (BGB. § 376):

α. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte;

β. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;

γ. wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.

Grundsätzlich hat der Schuldner das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen (BGB. § 376 Abs. 1). Dieses Recht ist unpfändbar (demnach auch nicht abtretbar, BGB. § 400) und gehört demgemäß (KO. § 1) nicht zur Konkursmasse, kann aber während des Konkurses auch nicht vom Schuldner selbst ausgeübt werden. Diese Vorschriften des § 377 BGB. beruhen auf dem Gedanken, daß das Hinterlegte nach Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners selbst bei vorbehaltener Rücknahme, als für den Gläubiger bestimmt, dem Zugriffe der übrigen Gläubiger und der Einwirkung des Schuldners entzogen sein muß.

Digitized by Google

2. „Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.[11]) Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der

[11]) Dadurch unterscheidet sich die hier behandelte Hinterlegung zwecks Erfüllung von der Hinterlegung zwecks Sicherstellung. ZB. A. hat gegen B. ein Urteil auf Zahlung von 300 Mk. erstritten, das für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, aber auf Antrag des B. mit der Maßgabe, daß diesem nachgelassen ist, die Vollstreckung durch Hinterlegung von 300 Mk. abzuwenden (CPO. §§ 709[4], 713, bisher §§ 649[4], 652). B. hinterlegt 300 Mk. und legt Berufung ein, diese wird aber zurückgewiesen, so daß das Urteil I. Instanz rechtskräftig wird. Dann braucht A. sich von B. nicht auf die hinterlegten 300 Mk. verweisen zu lassen, sondern kann ohne Rücksicht hierauf das Urteil vollstrecken lassen. Hat er hierdurch oder durch freiwillige Zahlung des B. die ihm gebührenden 300 Mk. erlangt, so muß er natürlich in die Rückzahlung der hinterlegten 300 Mk. an B. willigen. A. kann sich freilich auch an das Hinterlegte halten und wird es stets dann thun, wenn er anderweite volle Befriedigung nicht zu erhoffen hat, zB. wenn B. nach der Hinterlegung in Konkurs verfallen ist. In letzterem Falle hat er ein Absonderungsrecht an dem Hinterlegten, und wenn dieses, wie zB. bares Geld, S. 268[a], in das Eigentum der Hinterlegungsstelle übergegangen ist, an dem Rückzahlungsanspruch (ERG. 12, 222). Legt A. das rechtskräftig gewordene Urteil vor, so zahlt die Hinterlegungsstelle ihm das Hinterlegte aus.

In einem Fall ist der Schuldner übrigens zur Rücknahme trotz des Verzichts hierauf berechtigt. Nach § 382 erlischt nämlich das Recht des sich nicht meldenden Gläubigers auf den hinterlegten Betrag mit dem Ablaufe von 30 Jahren seit der Anzeige an ihn von der erfolgten Hinterlegung. Gemäß Art. 145 EGBGB. können die Landesgesetze bestimmen, daß nach Ablauf dieser Zeit der Fiskus oder die als Hinterlegungsstelle bestimmte Anstalt den hinterlegten Betrag erhalten soll (vgl. Pr. Hinterlegungsordnung §§ 53 ff.). Hätte der Schuldner nicht hinterlegt, so hätte er nach Verjährung des Anspruchs des Gläubigers das Hinterlegte behalten. Um ihn nun nicht zu schädigen, bestimmt BGB. § 382, daß der Schuldner in diesem Falle zur Rücknahme selbst dann berechtigt ist, wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hatte. Die Landesgesetze können die Frist, nach welcher das Erlöschen des Rechts des Gläubigers sowie die Frist, binnen welcher die Geltendmachung der Rücknahme durch den Schuldner erfolgen soll, vorschreiben; jedoch muß dem Hinterleger die Rücknahme mindestens während eines Jahres nach dem Erlöschen des Rechts des Gläubigers gestattet werden (vgl. den ähnlichen Fall in BGB. § 1171 Abs. 3).

Digitized by Google

Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten. Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt" (BGB. § 379). In letzterem Falle wird das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner so angesehen, als wäre die Hinterlegung nicht erfolgt. Es sind also auch die Zinsen der Zwischenzeit nachzuzahlen, es sei denn, daß Annahmeverzug vorlag.

„Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt" (BGB. § 381).

Bei Leistungen Zug um Zug kann die Hinterlegung auch so erfolgen, daß der Gläubiger nur unter Bewirkung der Gegenleistung zum Empfange der hinterlegten Sache berechtigt sein soll (BGB. § 373).

Dritter Titel. Aufrechnung. (BGB. §§ 387—396).

§ 99. Die Aufrechnung.[1])

a. Begriff und geschichtliche Entwickelung.

Aufrechnung (Wettschlagung) ist Tilgung einer Forderung durch Anrechnung einer fälligen, gleichartigen Gegenforderung des Schuldners; l. 1 D. 16, 2: Compensatio („Aufwägung") est debiti et crediti inter se contributio.

Die Aufrechnung hat sich im rR. erst allmählich zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt.

1. Ursprünglich wurde die Thatsache, daß der seine Forderung einklagende Gläubiger gleichzeitig Schuldner des Beklagten war, nicht berücksichtigt. Vielmehr mußte dieser seine Forderung gegen den Kläger in einem besonderen Prozesse geltend machen. Hiervon wurden nur zwei Ausnahmen gemacht (vgl. Gajus Inst. IV §§ 64, 65):

α. Argentarii (Bankiers) durften nur „cum compensatione agere", d. h. sie durften zur Vermeidung

[1]) D. 16, 2 und C. 4, 31: De compensationibus. ALR. I, 16. §§ 300—377; 6. Abschnitt: Von der Kompensation.

Digitized by Google

einer den Verlust des Anspruchs herbeiführenden[2]) pluris petitio re (I, 195) gegen ihre Kunden nur auf den bei Vergleichung der beiderseitigen gleichartigen und fälligen Forderungen sich ergebenden Überschuß klagen, also, wie man heute beim Kontokurrentverkehr sagt (S. 291), auf den beim Rechnungsabschlusse sich zu ihren Gunsten ergebenden Saldo.

β. Der bonorum emtor (Konkursmassenkäufer, I, 374) sollte „cum deductione agere", d. h. er mußte sich auf die Konkursmassenforderung diejenigen Gegenansprüche, auch wenn sie nicht fällig und gleichartig waren, anrechnen lassen, die der Schuldner an den Gemeinschuldner hatte, gerade so wie dies heute dem Konkursverwalter gegenüber zulässig ist, unten S. 281[16].

2. Mit Einführung der bonae fidei negotia (I, 238[5]) konnte bei diesen das Vorhandensein von Gegenforderungen nicht unbeachtet bleiben. Denn da der judex hierbei angewiesen wurde, den Beklagten nur auf das zu verurteilen, wozu dieser nach Treu und Glauben (ex fide bona) verpflichtet war, so mußte er mindestens die aus dem gleichen Rechtsverhältnisse (ex eädem causa) entsprungenen Gegenansprüche des Beklagten in Rücksicht ziehen. Hierzu brauchte der Beklagte sich nicht durch die Einrückung einer exceptio doli (generalis, I, 247) in die Klagformel zu sichern, denn „doli exceptio bonae fidei judiciis inest" (I, 248). Andererseits brachte die Überlassung der Entscheidung an den judex den Nachteil, daß die Berücksichtigung der Gegenforderungen der freien Beurteilung des judex unterlag. Eine Aufrechnung der ex dispäri causa, d. h. aus einem anderen Rechtsverhältnis als dem der Klageforderung zu Grunde liegenden, entstandenen Forderungen fand auf dieser Stufe der Rechtsentwickelung noch nicht statt. Daher gab es überhaupt keine Aufrechnung gegen stricti juris actiones,

[2]) Der **argentarius** durfte also schon seine **intentio** (I, 232) nur auf den Saldo richten, sonst wurde er ganz abgewiesen. Der **bonorum emtor** dagegen konnte seine **intentio** auf den Betrag der Forderung richten, der Prätor wies erst in der **condemnatio** den **judex** an, den Beklagten nur **cum deductione** zu verurteilen.

Digitized by Google

bei denen von „konnexen" (oben S. 163) Gegenforderungen nicht die Rede sein konnte.

3. Mark Aurel endlich ließ die Kompensation auch ex dispări causa, also auch gegenüber stricti juris actiones zu, sofern der Beklagte in jure, d. h. noch vor der Überweisung des Verfahrens an den judex, die Einrückung einer exceptio doli (generalis, nach dem Grundsatze „dolo facit, qui petit quod redditurus est", l. 173 § 3 D. 50, 17) erwirkt hatte. Mit dem Fortfalle des Formularverfahrens wurde auch diese prozeßrechtliche Vorbedingung hinfällig und die Aufrechnung unter den später zu besprechenden Erfordernissen allen, selbst den dinglichen Ansprüchen gegenüber zugelassen, nur nicht gegen die actio depositi directa, unten S. 282[17.3])

b. Voraussetzungen der Aufrechnung.

BGB. § 387 bestimmt:[4]) „Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann." Daraus ergeben sich als Voraussetzungen

---

[3]) Vgl. die (Gajus Inst. IV § 61 nachgebildete) Darstellung in § 30 J. 4, 6: „In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio (l. 14 C. 4, 31) eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur."

[4]) Die Vorschriften des § 387 BGB. beziehen sich ausschließlich auf das dem Schuldner nötigenfalls auch gegen den Willen des Gläubigers zustehende Recht der Aufrechnung. Die im Einverständnisse mit dem Gläubiger auf Grund eines Aufrechnungsvertrags erfolgende Aufrechnung ist im BGB. gesetzlich nicht geregelt. Hierüber ist unten S. 291 zu sprechen.

Digitized by Google

der Aufrechnung nach heutigem Rechte: Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit mehrerer Forderungen. Dagegen ist das von Justinian eingeführte Erfordernis der Liquidität beseitigt.

1. Vorhandensein rechtsgültiger Forderungen.

Von einer Aufrechnung kann nur gesprochen werden, wenn auf der Gläubiger- und der Schuldnerseite mindestens je eine rechtsgültige, nicht einer peremtorischen Einrede unterworfene,[5]) klagbare[6]) Forderung besteht.

2. Gegenseitigkeit.

Der Schuldner kann grundsätzlich nur mit einer Forderung aufrechnen, die ihm gegen den Gläubiger zusteht, also weder mit Forderungen eines Dritten (ex persona tertii compensatio fieri nequit, vgl. l. 9 C. 4, 31, ALR. I, 16 § 302), noch mit Forderungen gegen einen Dritten. Wer eine Forderung als Vertreter geltend macht, ist natürlich „Dritter": Gegenforderungen können also nur aus der Person des Vertretenen aufgerechnet werden (l. 23 D. 16, 2).

Von diesem Grundsatze[7]) sind aber, wie schon nach bis-

---

[5]) L. 14 D. 16, 2: „Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt." Ebenso BGB. § 390. Über die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung vgl. unten S. 290.

[6]) Nach rR. wurde für einzelne Fälle (zB. l. 20 § 2 D. 40, 7) die Aufrechnung mit einer Naturalobligation zugelassen und Ulpian sagt sogar allgemein in l. 6 D. 16, 2: „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem." Nach Gem. R. und BGB. (oben S. 170 ff.) ist die Aufrechnung nur mit klagbaren Forderungen zulässig.

[7]) Anwendungen dieses Grundsatzes im BGB. weisen zB. auf: die §§ 417 (der Übernehmer einer Schuld kann eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung nicht aufrechnen); 422 Abs. 2 („Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden"); 429 (gegen die Forderung eines Gesamtgläubigers kann der Schuldner nicht seine Forderungen gegen die übrigen Gesamtgläubiger aufrechnen); 719 Abs. 2: „Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen". Da das BGB. die Gesellschaft als eine einer gewissen Selbständigkeit teilhaftige Gemeinschaft zur gesamten Hand auffaßt, II, 453[8], so ist der einzelne

Digitized by Google

herigem Rechte, so auch nach BGB. verschiedene Ausnahmen anerkannt. [8])

Gesellschafter im Verhältnis der Gesellschaft zum Gesellschaftsschuldner „Dritter"; vgl. die ähnlichen für die Gütergemeinschaft und den Nachlaß geltenden §§ 1442, 2040. Durch § 719 ist verallgemeinert — und daher in das neue HGB. nicht übernommen — Art. 121 des alten HGB.: „Eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter findet während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch teilweise statt."

Die durch einen Dritten gemäß § 267 BGB. erfolgende Leistung kann regelmäßig nur durch wirkliche Leistung, nicht durch Aufrechnung erfolgen. Diese ist jedoch zulässig, wenn der Dritte kraft eines **jus offerendi** (oben S. 81), also in eigenem Interesse leistet; vgl zB. § 268 Abs. 2.

[8]) Besondere Grundsätze gelten für den **Konkurs** (KO. §§ 55, 56, bisher 48, 49). Sie beruhen auf dem Gedanken, daß der Konkursgläubiger, der dem Kridar etwas schuldet, sich gleich einem Absonderungsberechtigten (I, 357) aus seiner Schuld befriedigen kann. Da nun nach KO. §§ 6, 7, 14, 15 (bisher §§ 5, 6, 11, 12) nach der Konkurseröffnung Absonderungsrechte nicht begründet werden können, so ist die die Aufrechnung im Konkurse beherrschende Hauptregel, daß eine Aufrechnung nur dann zulässig ist, wenn die Forderungen sich zur Zeit der **Konkurseröffnung** aufrechnungsfähig gegenüberstanden (wenngleich die Aufrechnungserklärung erst nachträglich erfolgt, unten S. 290).

Im Einzelnen bestimmt KO. § 55 (bisher § 48), daß die Aufrechnung im Konkursverfahren unzulässig ist:

1. wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;

2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war; beide Sätze entsprechen der Regel;

3. wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntnis des bereits vorhandenen materiellen Konkurses (der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags, I, 365[13]) durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erworben hat. Hierin liegt eine Ausnahme von der Regel, daß die Aufrechnungsfähigkeit z. B. der Konkurseröffnung entscheidet. Denn die Aufrechnung ist ausgeschlossen, trotzdem z. B. der Konkurseröffnung die Forderungen sich aufrechnungsfähig gegenüberstanden. Diese Ausnahme ist aber

Digitized by Google

α. Bisweilen kann der Schuldner **mit Forderungen eines Dritten**[9]) aufrechnen:

a. Nach Gem. R. (l. 5 D. 16, 2) und ALR. I, 16 § 328 kann der **Bürge** außer seinen eigenen auch die Forderungen des Hauptschuldners zur Aufrechnung stellen. Nach BGB. § 770 Abs. 2 ist dies eingeschränkt; der Bürge kann nur die Befriedigung des Gläubigers verweigern, „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann."

b. Nach Gem. R. (l. 10 D. 45, 2) kann ein **Gesamtschuldner**, sofern er bei Bezahlung der ganzen Schuld gegen den Genossen einen Regreß hat, insbesondere also, wenn er zu ihm in einem Gesellschaftsverhältnisse steht, gegen die Forderung des Gläubigers Forderungen des Mitverpflichteten aufrechnen, und nach der herrschenden Meinung soll auch umgekehrt der Schuldner gegen den Gesamtgläubiger aufrechnen können, sofern die correi credendi einander regreßpflichtig sind. Das BGB. (wie auch schon das ALR.)

---

zur Durchführung des Konkurszwecks unentbehrlich. Ohne sie würde nämlich jeder Schuldner des Kridars versuchen, eine der mit dem drohenden Eintritte des Konkurses im Werte naturgemäß sinkenden Forderungen gegen den Kridar billig zu erwerben, um aufzurechnen. Dadurch könnten die Gläubiger, die von dem materiellen Konkurse keine Kenntnis hatten, erheblich geschädigt werden. War der Erwerber zur Übernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet (zB. der Indossant eines vom Kridar akzeptierten Wechsels muß diesen im Regreßweg einlösen), so ist die Aufrechnung zulässig, es sei denn, daß die Verpflichtung in Kenntnis des materiellen Konkurses eingegangen ist.

KO. § 56 (bisher § 49) behandelt den Fall, daß ein inländischer Gläubiger des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung oder in Kenntnis des materiellen Konkurses seine Forderung dem im Auslande wohnenden Schuldner des Gemeinschuldners mit dem Erfolge abtritt, daß der Cessionar eine nach ausländischem Rechte zulässige, nach inländischem unzulässige Aufrechnung vornimmt. Auch durch derartige Geschäfte könnte die Konkursmasse geschädigt werden. Der Cedent soll daher verpflichtet sein, der Konkursmasse den ihr durch die Aufrechnung zugefügten Schaden zu ersetzen.

[9]) Forderungen, die der Schuldner durch (nicht etwa simulierte) Cession erworben hat, sind natürlich **seine** Forderungen, er kann sie also zur Aufrechnung stellen.

Digitized by Google

hat diesen Ausnahmefall nicht aufgenommen (§§ 422, 429, oben Anm. 7 und unten S. 464[11]).

β. Mit Forderungen *gegen* einen Dritten kann aufrechnen der debitor cessus (Schuldner einer abgetretenen Forderung). Im Verhältnis des Cessionars zum debitor cessus ist der Cedent „Dritter". Der debitor cessus könnte also nach der Regel, daß Gegenseitigkeit eine Voraussetzung der Aufrechnung ist, Forderungen, die er gegen den Cedenten hat, dem Cessionar nicht entgegensetzen. Gälte dies, so könnte jeder eine ihm unbequeme Aufrechnung (zB. wenn sein Schuldner vermögend, er selbst unvermögend ist), durch Cession abschneiden nnd so den unten S. 334 erörterten Grundsatz verletzen, daß die Abtretung die Rechtslage des Schuldners nicht verschlechtern darf. Um dies zu verhindern, bestimmt BGB. § 406 (vgl. ebenso ALR. I, 16 §§ 313 ff.): „Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist."[10])

---

[10]) Hatte der Schuldner (debitor cessus) beim Erwerbe der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung gegen den Cedenten schon Kenntnis von der Abtretung (also zB. durch Denuntiation, unten S. 331), so kann er sich durch die Unzulässigkeit der Aufrechnung nicht beschwert fühlen. Umgekehrt wäre der Cessionar geschädigt und sein Rechtserwerb ganz unsicher, wenn er sich Gegenforderungen des Schuldners gegen den Cedenten entgegensetzen lassen müßte, die vielleicht erst lange nach der Cession entstanden sind.

Ferner soll der debitor cessus durch die Cession zwar keine Nachteile erleiden (unten S. 334), aber auch keinen Vorteil erlangen. Daher darf er auch solche Gegenforderungen nicht aufrechnen, die erst nach der Erlangung der Kenntnis von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden sind. ZB. A. (Cedent) hat eine am 1. Juli fällige Forderung gegen B. (debitor cessus). A. cediert sie am 1. April an C. (Cessionar) und setzt B. davon gleichzeitig in Kenntnis. B. hatte schon am 1. März, also in Unkenntnis der Abtretung, eine Forderung gegen A. erworben. Nach dem ersten Halbsatze des § 406 könnte B. diese Forderung an A. dem C. gegenüber aufrechnen. Ist diese Gegenforderung aber später fällig, als die an C. cedierte Forderung, zB. am 1. Oktober, so

Digitized by Google

Dieselben Grundsätze treten nach BGB. § 392 im Falle der Beschlagnahme einer Forderung ein. Hier hat der beschlagnehmende Gläubiger gewissermaßen die Stellung eines Cessionars: er muß sich unter den gleichen Voraussetzungen wie dieser die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Drittschuldners gefallen lassen.

3. Gleichartigkeit.

Aufrechenbar sind nur Schulden, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, also nur Gattungsschulden, vor allem Geldschulden, aber zB. auch Schulden auf Lieferung börsenmäßig gehandelter Waren oder Wertpapiere (S. 294[83]). Wandelt sich der Leistungsgegenstand der einen Forderung in einen der Gegenforderung gleichartigen Gegenstand um, tritt zB. an die Stelle der Verbindlichkeit zur Leistung einer bestimmten Sache die Verbindlichkeit zum Schadensersatze, so tritt mit diesem Augenblick Aufrechnungsfähigkeit ein.[11])[12])

---

würde bei zugelassener Aufrechnung B. dem Cessionar C. gegenüber besser dastehen, als dem Cedenten A.; denn diesem konnte er an dem Fälligkeitstage seiner Schuld, dem 1. Juli, die erst am 1. Oktober fällige Forderung nicht entgegensetzen. So rechtfertigt sich der im letzten Satze des § 406 bestimmte Ausschluß der Aufrechnung. Wie die Fassung „es sei denn" ergiebt (S. 145[13]), hat der die Zulässigkeit der Aufrechnung bestreitende Gläubiger zu beweisen, daß eine der Voraussetzungen des Ausschlusses der Aufrechnung vorliegt.

[11]) Dies wird besonders im Konkurse praktisch. Nach KO. § 54 (bisher § 47) wird die Aufrechnung im Konkursverfahren dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Forderung des Konkursgläubigers nicht auf Geld gerichtet war. Eine derartige Forderung wird vielmehr gemäß §§ 69, 70 (bisher §§ 62, 63) in Geld geschätzt und damit wird die Aufrechnungsfähigkeit hergestellt. Ist dagegen umgekehrt die Forderung des Konkursgläubigers auf Geld, die des Kridars auf etwas Anderes gerichtet, so tritt eine Umwandelung der letzteren Forderung nicht ein. Der Konkursverwalter kann also die wirkliche Leistung verlangen und der Konkursgläubiger ist darauf angewiesen, seine Geldforderung zur Konkursmasse anzumelden.

[12]) Ungleichartig sind an sich auch Forderungen, für welche verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen (S. 88). In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte (vgl. zB. ALR. I, 16 § 350) bestimmt aber BGB. § 391, daß in einem solchen Falle

Digitized by Google

Nicht erforderlich ist, daß beide Forderungen gleich hoch sind. Es tritt Aufrechnung hinsichtlich der sich deckenden Beträge ein (quoad summam concurrentem). Bei der Aufrechnung ist also der für die Erfüllung geltende Satz, daß der Schuldner zu Teilleistungen nicht befugt ist (S. 31[3]), verlassen.

4. Fälligkeit.

Der Gläubiger einer fälligen Forderung braucht nur die Aufrechnung mit fälligen Forderungen des Schuldners zuzulassen.[13]) Dagegen kann der Gläubiger einer nicht fälligen Forderung den Schuldner regelmäßig nicht hindern, sie durch Aufrechnung mit einer ihm zustehenden fälligen Forderung aus der Welt zu schaffen. Denn nach § 271 Abs. 2 kann der Schuldner grundsätzlich auch eine betagte Leistung schon vor der Fälligkeit bewirken (dici adjectio pro reo est, oben S. 99[8]). BGB. § 387 drückt dies so aus, daß „jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen kann, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann." Danach kann ferner pendente condicione zwar eine auflösend, nicht aber eine aufschiebend bedingte Forderung aufgerechnet werden.[14])

---

die Aufrechnung zulässig ist und der Aufrechnende nur den Schaden zu ersetzen hat, „den der andere Teil dadurch erleidet, daß er in Folge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann. Ist vereinbart, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll."

[13]) Vgl. l. 7 pr. D. 16, 2: „**Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat**" (ebenso ALR. I, 16 § 343). Eine noch nicht fällige Forderung kann freilich dann zur Aufrechnung benutzt werden, wenn die Stundung nur erfolgt ist, um dem Schuldner die Beschaffung von Zahlungsmitteln zu ermöglichen; vgl. l. 16 § 1 D. 16, 2: „**aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.**"

[14]) Auch bezüglich der Voraussetzung der Fälligkeit gelten für den Konkurs im Interesse schnellerer „Liquidation" der Masse besondere Vorschriften. Nach KO. § 54 (bisher § 47) wird die Auf-

Digitized by Google

5. Liquidität keine Voraussetzung der Aufrechnung.

Justinian bestimmte bei der Neuregelung und Ausdehnung der Aufrechnung in l. 14 § 1 C. 4, 31: „Ita tamen compensationes obici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare." Danach sollten, um eine Verschleppung des Prozesses zu vermeiden, nur sofort klarzustellende, die Fällung der Entscheidung nicht verzögernde („liquide") Gegenforderungen berücksichtigt werden (liquidi cum illiquido nulla est compensatio; ebenso ALR. I, 16 § 359). In der gemeinrechtlichen Praxis wurde vielfach nur gefordert, daß die Aufrechnung nicht verspätet, also sofort bei der Einlassung auf die Klage vorgebracht werde; ferner wurde das Erfordernis der Liquidität für konnexe (ex eadem causa entstandene) Gegenforderungen völlig gestrichen, weil bei diesen sich die Forderung durch die Gegenansprüche von selbst minderte.

Nach BGB. ist Liquidität nicht Voraussetzung der Aufrechnung. Der Verschleppung der Prozesse ist durch die CPO. vorgebeugt.[15])

---

rechnung im Konkurse nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt waren. Eine betagte unverzinsliche Geldforderung des Gläubigers wird nach der Hoffmann'schen Methode (S. 101[10]) auf ihren Wert zur Zeit der Konkurseröffnung herabgemindert. Hat der Konkursschuldner eine aufschiebend bedingte Forderung an den Kridar, so muß er seine Schuld sofort einzahlen. Damit er nun seines Aufrechnungsrechts nicht verlustig gehe, kann er in Höhe seiner bedingten Forderung Sicherheitsstellung verlangen, vgl. III, 487[2].

[15]) Hierüber bestimmten die §§ 136, 274 der bisherigen CPO., deren Bedeutung aber sehr streitig war und die daher nur mit wesentlichen Veränderungen in die neue CPO. §§ 145, 302 übernommen sind.

α. Nach § 136 der bisherigen CPO. kann das Gericht, wenn der Beklagte (durch Widerklage oder Einrede) eine Gegenforderung vorgebracht hat, anordnen, daß der Klageanspruch und der zur Aufrechnung gestellte Anspruch „in getrennten Prozessen" verhandelt werden. Nach § 274 kann ferner, wenn der Beklagte mittels Einrede (nicht widerklagend, hierfür ist § 273 maßgebend),

Digitized by Google

c. Ausschluß der Aufrechnung.

In einzelnen Fällen ist trotz des Vorliegens[16]) aller vorstehend aufgeführten Voraussetzungen die Aufrechnung ausgeschlossen, nämlich:

1. wenn auf die Aufrechnung gegenüber einer Forderung verzichtet ist. Dies braucht nicht ausdrücklich zu

---

eine Gegenforderung geltend macht, die noch nicht zur Endentscheidung reif ist, während über die Klage schon entschieden werden kann, die Entscheidung über die Klage „unter Trennung der Verhandlungen" durch Teilurteil erfolgen. Voraussetzung der hierdurch dem Gericht eingeräumten Trennungsbefugnis ist jedoch in beiden Fällen, daß die Gegenforderung mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Für konnexe Gegenforderungen besteht das Trennungsrecht also nicht, selbst wenn die Forderung liquid, die Gegenforderung illiquid ist. Streitig ist nun die Wirkung einer gemäß den §§ 136, 274 getroffenen Trennungsanordnung geworden. Nach der einen Ansicht (zB. II. Civilsenat des Reichsgerichts) ist die Gegenforderung aus dem Prozeß über die Forderung hinausgewiesen und muß in einem besonderen Prozesse geltend gemacht werden, was in den Fällen ausgeschlossen sein würde, in denen der beklagte Schuldner mit Forderungen eines Dritten (zB. als Bürge des Hauptschuldners, oben S. 276) aufrechnen will. Nach der anderen, von den vereinigten Civilsenaten des Reichsgerichts (in ERG. 31, 1) gebilligten Ansicht hat die Trennung nur die gesonderte Verhandlung über Klage- und Gegenforderung zur Folge, und ein nach § 274 über die Forderung ergehendes Urteil ist als ein unter Vorbehalt der Einrede der Aufrechnung erlassenes Teilurteil anzusehen, ähnlich den in der Berufungsinstanz bei Zurückweisung von Verteidigungsmitteln (§§ 502, 503) und im Wechselprozeß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten (§§ 562, 563) ergehenden Urteilen (vgl. I, 282[17]).

β. In Übereinstimmung mit der letzteren, vom Plenum der Civilsenate des Reichsgerichts gebilligten Anschauung bestimmen nun §§ 14 5Abs. 3, 302 der neuen CPO., daß im Falle der Vorentscheidung über die Klage die Entscheidung über die Aufrechnung im Urteile vorzubehalten ist. In Betreff der Aufrechnung bleibt der Rechtsstreit anhängig. Wird die Gegenforderung als begründet festgestellt, so wird das frühere Urteil aufgehoben. Ja, der Kläger, der, ohne diese nachträgliche Entscheidung abzuwarten, das zu seinen Gunsten ergangene Urteil vollstrecken läßt, thut dies auf seine Gefahr, wird also bei Aufhebung schadensersatzpflichtig, ebenso wie nach der neuen CPO. § 717 Abs. 2 bei der Vollstreckung aus nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen (oben S. 58).

[16]) Umgekehrt wird im Konkurse, wie bereits erwähnt, von verschiedenen Erfordernissen abgesehen, so von der Gegenseitigkeit

Digitized by Google

geschehen, sondern kann aus den Umständen, zB. dem Versprechen der Barzahlung oder der Zahlung an einen Dritten, gefolgert werden (vgl. auch ALR. I, 16 § 370); über BGB. § 391 Abs. 2 vgl. oben S. 278[12];

2. gegenüber einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (BGB. § 393, in Erweiterung der l. 14 § 2 C. 4, 31: „Possessionem autem alienam perperam (zu Unrecht) occupantibus compensatio non datur“);

3. gegenüber unpfändbaren Forderungen (BGB. § 394, oben S. 320). Hierin liegt eine Erweiterung gegenüber dem bisherigen Rechte, welches die Aufrechnung nur gegenüber Alimentationsforderungen versagte (ALR. I, 16 §§ 366 ff.). Gegen die aus Krankenkassen usw. zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden;

4. gegen eine Forderung des Reichs, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbands (Provinz, Kreis, Gemeinde), sofern die Gegenforderung nicht aus derselben Kasse (statio, III, 174) zu berichtigen ist, an welche die Leistung zu erfolgen hat (BGB. § 395; ebenso, aber unter Beschränkung auf den Fiskus l. 1 C. 4, 31 und ALR. I, 16 §§ 368, 369).[17])

d. Geltendmachung der Aufrechnung (ipso jure compensatur).

(S. 275[8]), der Fälligkeit (S. 279[14]), der Gleichartigkeit (S. 278[11]); vgl. KO. §§ 53—56 (bisher §§ 46—49).

[17]) Nach Gemeinem Recht ist ferner die Aufrechnung unzulässig gegenüber Abgabenforderungen und einzelnen sonstigen Forderungen des Fiskus und der Stadtgemeinden, ferner gegenüber der actio depositi, selbst wenn es sich um ein depositum irregulare handelt und daher Gleichartigkeit denkbar ist (l. 11 C. 4, 34, ebenso ALR. I, 16 §§ 363, 364). Dies hat das BGB. nicht aufgenommen. Nach BGB. kann der Verwahrer also aufrechnen, wenn die sonstigen Erfordernisse (besonders Gleichartigkeit) vorhanden sind. Nach ALR. I, 16 §§ 363, 364 konnte ferner auch der Kommodatar nicht aufrechnen, es sei denn, daß statt der geliehenen Sache deren Wert zurückzuerstatten war. Auch dies ist in das BGB. nicht übergegangen.

Digitized by Google

Die römischen Quellen erklären an verschiedenen Stellen, daß „ipso jure compensatur“ (l. 4, 10 pr., 21 D. 16, 2; l. 4, 14 pr. C. 4, 31). Die Bedeutung dieses Satzes ist seit den Glossatoren streitig. Nach Martinus tritt die Wirkung der Aufrechnung mit dem Augenblicke „von selbst“ ein, in welchem die Forderungen einander aufrechnungsfähig gegenüber stehen.[18]) Nach Azo dagegen vollzieht sich die Aufrechnung nie „von selbst“, „sine facto hominis“, sondern nur durch den Willen eines Beteiligten; das ipso jure compensari bedeutet nach ihm, daß im Falle der Geltendmachung der Aufrechnung deren Wirkungen auf den Augenblick des aufrechnungsfähigen Gegenüberstehens der Forderungen zurückgerechnet werden.[19]) Dieser im Gemeinen und Preußischen Recht herrschenden Ansicht folgt auch das BGB. Nach §§ 388, 389 erfolgt die Aufrechnung durch eine — nur unbedingt und unbefristet wirksame[20]) —

[18]) Dieser Anschauung folgt der Code civil art. 1290: „La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu (ohne Wissen) des débiteurs“. Auch ALR. I, 16 § 301 scheint die Aufrechnung von selbst eintreten lassen zu wollen („Sobald die Forderung, durch welche die Kompensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, so weit die Kompensation reicht, für erloschen geachtet“). Aus § 300 folgt aber, daß eine „Anrechnung,“ also die Erklärung des Aufrechnungswillens seitens eines Beteiligten, erforderlich ist.

[19]) Es handelt sich hierbei um keine fingierte Rückbeziehung. Vielmehr ist das Aufrechnungsrecht (compensatio in potentia) schon mit dem Gegenüberstehen der Forderungen vorhanden, es tritt aber erst mit seiner Geltendmachung (compensatio in actu) in die Erscheinung.

Dernburg erklärt das „ipso jure compensari“ geschichtlich. Anfänglich habe die Zulassung der Aufrechnung im freien Belieben des judex gelegen. Erst seit Mark Aurel sei der Richter zur Berücksichtigung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Beklagten verpflichtet gewesen. Nunmehr habe man also sagen können, daß sich die Aufrechnung ipso jure, d. h. von Rechtswegen, nicht kraft richterlichen Willens vollziehe.

[20]) Die Aufrechnungserklärung ist also ein actus legitimus (III, 473). Damit nicht zu verwechseln ist die Frage, ob eine bedingte oder befristete Forderung aufrechnungsfähig ist (oben S. 279).

Die Unwirksamkeit einer bedingten Aufrechnungserklärung schließt nicht die sog. Eventualaufrechnung aus, d. h. den Fall, in dem der Beklagte dem Kläger zunächst die Rechtsgültigkeit der geltend

Digitized by Google

Erklärung gegenüber dem anderen Teile;[21]) aber mit der Wirkung, „daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als

gemachten Forderung bestreitet, dieser aber eine Gegenforderung entgegenstellt, falls der Richter die Forderung des Klägers für begründet erklären sollte. Hierbei giebt der Beklagte keine bedingte Aufrechnungserklärung ab, sondern er weist den Richter nur noch besonders auf den von diesem auch ohnedies von Amtswegen zu beachtenden Umstand hin, daß eine Aufrechnung erst in Frage kommen könne, wenn die eingeklagte Forderung sich als begründet erwiese.

Die prozessuale Behandlung der Eventualaufrechnung ist von Adolf Stölzel im zweiten Teile seiner Schulung für die civilistische Praxis (Zur Lehre von der Eventualaufrechnung, zweite Auflage 1898) eingehend erörtert. Er geht von folgendem Beispiel aus: A. klagt gegen B auf Rückzahlung eines gestundeten Darlehens von 100 Mark und schiebt B. über den Empfang den Eid zu. B beantragt Klageabweisung, indem er unter Eidesannahme den Darlehensempfang bestreitet, ferner aber noch erklärt: „Übrigens schuldet mir A. aus Kauf 100 Mk.; ich bitte also jedenfalls um Klageabweisung". A. erkennt die Gegenforderung als richtig an. Nach der bisher allein anerkannten „Beweiserhebungstheorie" muß nun der Richter, ehe er eine Gegenforderung in Betracht zieht, feststellen, ob die Klageforderung besteht oder nicht, d. h. er muß, da B. den Empfang des Darlehens bestreitet und A. kein anderes Beweismittel als Eideszuschiebung angiebt, dem B. durch bedingtes Endurteil den Eid über den Darlehensempfang auferlegen. Leistet B. den Eid, so steht nach § 463 (bisher § 428) CPO. fest, daß B. das eingeklagte Darlehen nicht erhalten hat, Kläger wird dann aus diesem Grunde abgewiesen. Verweigert B. dagegen die Leistung des Eides, so steht umgekehrt fest, daß er das Darlehen erhalten hat. Die Klageforderung ist also dann begründet. Nun tritt aber die eventuell vorgebrachte, von A. anerkannte Gegenforderung in Wirkung und es erfolgt auch in diesem Falle (wenn auch aus anderen, aber nur aus den Entscheidungsgründen ersichtlichen Gründen, nämlich in Folge der Aufrechnung) kostenpflichtige Abweisung des Klägers, sodaß das den Prozeß beendende Erkenntnis die ohne die Gründe gänzlich unverständliche Urteilsformel aufweist: „Der Beklagte hat folgenden Eid zu leisten: Ich schwöre, ich habe vom Kläger ein Darlehen von 100 Mk. nicht erhalten. Im Falle der Leistung, wie der Nichtleistung des Eides wird der Kläger kostenpflichtig abgewiesen".

Dagegen macht nun Stölzel mit der von ihm begründeten Klagabweisungstheorie geltend, daß bei illiquider Klageforderung und liquider Gegenforderung die Beweisaufnahme über die erstere nicht notwendig, vielmehr die sofortige Klageabweisung wegen der anerkannten Gegenforderung zulässig sei. Denn der Antrag des Klägers, den Beklagten zur Zahlung zu verurteilen, sei jedenfalls unberechtigt, wie auch die Beweiserhebung über die Klageforderung

Digitized by Google

in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind."

---

ausfalle. Entweder erbringe der Kläger den Beweis seines Anspruchs nicht, dann werde er deshalb abgewiesen, oder er erbringe den Beweis, dann werde er wegen der anerkannten, nunmehr zur Aufrechnung gelangenden Gegenforderung abgewiesen. Das Beweisverfahren sei also auf den Ausgang des Prozesses einflußlos und deshalb zwecklos und den Kläger beschwerend, weil dieser als jedenfalls unterliegend gemäß CPO. § 91 (bisher § 87) die Kosten des Beweisverfahrens selbst dann tragen müsse, wenn er den Beweis des Bestehens der Klageforderung erbringe. Von den Gegnern (u. a. Eccius) wird Stölzel vor allem entgegengehalten, daß die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klageforderung unerläßlich sei, weil die Wirkung der Klageabweisung eine ganz andere sei, wenn wegen mißlungenen Klagebeweises und wenn auf Grund der Gegenforderung abgewiesen werde. In letzterem Falle sei die Gegenforderung durch Aufrechnung verbraucht, könne also in einem neuen Prozesse nicht mehr geltend gemacht werden (CPO. § 322, bisher § 293 Abs. 2), im ersteren sei sie nicht verbraucht, könne also eingeklagt werden. Hierauf erwidert Stölzel (vgl. S. 130, 306): Durch die ohne Beweiserhebung erfolgende Abweisung gehe nur die Feststellung in Rechtskraft über, daß der Klageanspruch (auf Zahlung) nicht bestehe und ferner, daß die Gegenforderung entstanden sei. Dagegen sei keine Entscheidung darüber erfolgt, ob die Hauptforderung zur Entstehung gelangt oder was dasselbe sei, ob die Gegenforderung (durch Aufrechnung) getilgt sei. Der Beklagte, d. h. der Gläubiger der Gegenforderung, könne diese also noch in einem neuen Prozesse geltend machen. In diesem könne der Kläger des ersten Prozesses (also der Schuldner der Gegenforderung, der Beklagte im neuen Prozesse) zwar nicht mehr einwenden, daß die Gegenforderung nicht entstanden sei; denn insoweit sei durch den ersten Prozeß **res judicata** geschaffen. Wohl aber könne er einwenden, daß sie durch Aufrechnung getilgt sei; dann müsse er in diesem Prozesse den Beweis des Bestehens seiner (im ersten Prozeß eingeklagten, dort unentschieden gebliebenen) Forderung erbringen. Die Parteien könnten aber diesen zweiten Prozeß durch entsprechende Umwandelung ihrer Anträge im ersten Prozesse vermeiden. Bestreite der Beklagte im ersten Prozesse die Klagforderung unter eventueller Entgegenstellung einer Gegenforderung, die der Kläger anerkenne, so könne der Kläger, um der Abweisung des jedenfalls unbegründeten Antrags auf Zahlung zu entgehen, den Klageantrag dahin ändern: „festzustellen, daß die Gegenforderung des Beklagten (als durch Aufrechnung getilgt) nicht mehr besteht" (Inzidentfeststellungsklage, I, 254[11]), und ebenso könne der Beklagte eine auf die Gegenforderung gestützte Widerklage erheben. Dann müsse schon im ersten Prozeß über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch Beweis erhoben werden.

Digitized by Google

Prozessual kann die Aufrechnung entweder durch Einrede oder durch Widerklage geltend gemacht werden; die Wirkungen sind jedoch verschieden. Eine Rechtshängigkeit der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung tritt nur bei Erhebung einer Widerklage ein. Die Kompensationseinrede begründet dagegen keine Rechtshängigkeit und die ihr zu Grunde liegende Gegenforderung kann daher verschiedenen, in getrennten Prozessen eingeklagten Forderungen des Klägers entgegengestellt werden, ohne daß der Kläger eine replicatio litis pendentis (I, 274[6]) geltend machen könnte. Ein fernerer Unterschied zwischen der Geltendmachung einer Gegenforderung durch Widerklage und durch Einrede liegt darin, daß das Urteil über die durch Widerklage geltend gemachte Gegenforderung in voller Höhe an der Rechtskraft teilnimmt, während bei nur einredeweise vorgebrachter Gegenforderung die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht,[22]) der Rechtskraft nur bis zur Höhe des

---

[21]) Die Aufrechnungserklärung ist also ein einseitiges empfangsbedürftiges (III, 352) Rechtsgeschäft. Sie erfolgt nicht — was von Windscheid für das Gemeine Recht behauptet wird — durch Vorbringung im Prozesse, sondern unabhängig von diesem, also auch schon vorher. Natürlich kann sie aber im Laufe des Prozesses über die Hauptforderung erklärt werden, aber nicht dem Gerichte, sondern nur einem zur Entgegennahme einer solchen Erklärung Ermächtigten gegenüber. Als ein solcher kann aber der Prozeßbevollmächtigte, sofern er nicht hierzu besonders ermächtigt ist, nicht gelten. Denn der gesetzliche Umfang der Prozeßvollmacht (CPO. § 81, bisher § 77) umfaßt nur die Prozeßhandlungen; eine solche ist die Aufrechnungserklärung nach BGB. aber jedenfalls nicht.

[22]) § 293 Abs. 2 der bisherigen CPO. bestimmte: „Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll". In der neuen CPO. § 322 erhielt diese Vorschrift dagegen die Fassung: „Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig". Hiernach ist die Entscheidung über das Bestehen einer besonderen Rechtskraft nicht mehr fähig. Dieser Änderung liegt die Auffassung zu Grunde, daß nach BGB. die Aufrechnung sich außerhalb des Prozesses, nicht durch das lediglich deklaratorisch wirkende Urteil

Digitized by Google

Betrages fähig ist, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist.[28]) Endlich dürfen in der Berufungsinstanz neue Ansprüche (also auch Widerklagen) nur mit Einwilligung des Gegners erhoben werden, während einredeweise eine Gegenforderung auch dann zur Aufrechnung gestellt werden kann, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stande gewesen ist, die Aufrechnung in erster Instanz geltend zu machen (CPO. § 529, bisher § 491).

e. Wirkungen der Aufrechnung.

Liegen die Voraussetzungen der Aufrechnung vor und wird die Aufrechnungserklärung rechtsgültig abgegeben, so gelten die Forderungen, soweit sie sich decken (quoad summam concurrentem), wie S. 279 erwähnt, als in dem Zeitpunkt erloschen, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. Das bedeutet:

---

vollzieht. Das Urteil kann also nie ein Bestehen der Gegenforderung feststellen, sondern, da damit gleichzeitig die Tilgung der Klageforderung eintritt, höchstens ein Bestandenhaben. Stölzel (Eventualaufrechnung, S. 136) bekämpft diese von Seuffert aufgebrachte Ansicht von seinem Standpunkt (oben S. 284[20]) aus, daß es Urteile giebt, die, ohne sich über die Existenz der Klagforderung auszusprechen, die Klage wegen Bestehens einer Gegenforderung abweisen.

[28]) Nach der von Justinian in l 14 C. 7, 45 bestätigten Ansicht Papinians war jeder Prozeß ein duplex judicium (l, 191) insofern, als eine Verurteilung des Klägers eintreten sollte, wenn die Verhandlung ergab, daß nicht der Beklagte dem Kläger, sondern dieser dem Beklagten schuldete. War daher eine die Klageforderung übersteigende Gegenforderung auch nur einwandsweise geltend gemacht, so wurde der Kläger nicht nur abgewiesen, sondern außerdem zur Zahlung des Überschusses verurteilt. Jede Kompensationseinrede galt als „stillschweigende Widerklage". Dies ist weder in den Gemeinen Civilprozeß, noch in die CPO., wohl aber in die PrAGO. übergegangen. AGO. I, 19 unterscheidet Gegenforderungen aus demselben Geschäft (uneigentliche Widerklage) und solche aus einem anderen Geschäft (eigentliche Widerklage). In beiden Fällen galt das Vorschützen der Gegenforderung, ohne daß es eines besonderen Antrags bedurfte, als Widerklage.

Digitized by Google

1. Die Forderung gilt erst mit Abgabe der Aufrechnungserklärung als getilgt, ist bis dahin also rechtsbeständig. Daraus folgt:

α. Erfüllt sie der zu einer Aufrechnung befugte Schuldner, so leistet er auf kein indebitum, hat daher selbst dann kein Rückforderungsrecht (condictio indebiti), wenn er in Unkenntnis der möglichen Aufrechnung erfüllte.[24])

β. Der Schuldner kann eine Gegenforderung in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Wege der Einwandsklage (CPO. § 767, bisher § 686, vgl. I, 345[10]) unter Aufrechnung gegen das die Hauptforderung zuerkennende Urteil selbst dann geltend machen, wenn er bereits im Laufe des Prozesses in der Lage gewesen war, aufzurechnen, eine Aufrechnungserklärung aber nicht abgegeben hat. Nach CPO. § 767 sind zwar Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, „nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind". Dies trifft hier aber auch zu. Denn die durch die Einwandsklage bezweckte Anfechtung des Urteils beruht nicht auf der schon während des Prozesses vorhanden gewesenen Aufrechnungsmöglichkeit, sondern auf der erst nachher erfolgten Aufrechnungserklärung.

γ. Gemeinrechtlich ist es streitig, wie die Aufrechnung sich vollzieht, wenn einer der beiden Teile mehrere, durch die Gegenforderung des anderen Teils nicht voll gedeckte Forderungen hat. Nach der herrschenden Meinung kann der Gläubiger, der eine von mehreren ihm zustehenden

---

[24]) Dagegen bestimmt l. 10 § 1 D. 16, 2: „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto." Der Schuldner konnte aber natürlich statt der condictio indebiti auch das (nicht aufgerechnete) Forderungsrecht geltend machen (l. 30 D. 12, 6). Von praktischer Bedeutung ist die Frage der Zulassung der condictio indebiti z.B., wenn die nicht aufgerechnete Forderung nach der Zahlung verjährt, die condictio indebiti noch nicht verjährt ist.

Digitized by Google

Forderungen einklagt, der exceptio compensationis gegenüber sich keiner replica compensationis bedienen („compensatio compensationis non datur"); d. h. wenn der Beklagte zB. erklärt, gegen die eingeklagte Kaufgeldforderung eine Gegenforderung aufzurechnen, so kann der Kläger nicht geltend machen, daß diese Gegenforderung durch eine ihm gegen den Beklagten ferner zustehende Darlehensforderung gedeckt werde, so daß die Klagforderung immer noch zu zahlen sei.[25])

Nach BGB. § 396 kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen. Während aber bei der wirklichen Erfüllung die Bestimmung des leistenden Schuldners maßgebend ist (S. 259), hat hier der Gegner des aufrechnenden Teils das unverzüglich auszuübende Recht, der von dem Aufrechnenden gewählten Aufrechnung zu widersprechen; die Aufrechnung erfolgt dann nach Maßgabe der für die Anrechnung einer Zahlung auf mehrere Schuldposten in § 366 Abs. 2 gegebenen Vorschriften.[26]) Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen Teil außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so ist eine nicht die ganze Schuld deckende Aufrechnung gemäß § 396 Abs. 2 wie bei der Zahlung (§ 367) zuerst

[25]) Keine **replica compensationis**, sondern ein Bestreiten der Höhe der Gegenforderung liegt in der Replik des Klägers, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung des Beklagten durch die dem gleichen Geschäft entspringende (konnexe) Gegenforderung gemindert sei; zB. A. klagt gegen B. ein Darlehen von 1000 Mk. ein, B. stellt eine Kaufgeldforderung für geliefertes Vieh von 500 Mk. zur Aufrechnung, A. erwidert, daß das Vieh minderwertig gewesen und will sich (**exceptio quanti minoris**) nur 400 Mk. anrechnen lassen.

[26]) Wenn also A. gegen B. 1000 Mk. Darlehen einklagt, B. hiergegen 800 Mk. Kaufgeld aufrechnet, so steht dem A. auch nach BGB. eine **replica compensationis** insofern noch zur Seite, als er entgegnen kann: er habe dem B vor Anstellung der Klage ohne dessen unverzüglichen Widerspruch (§ 396) angezeigt, daß er seine Dienstleistungsforderung von 800 Mk. gegen die gleich hohe Kaufgeldforderung B.'s aufrechne; oder: er widerspreche der von B. verlangten Aufrechnung und verlange, daß dessen Kaufgeldforderung gegen die der kurzen Verjährung (§ 196) unterworfene, daher ihm als Gläubiger „geringere Sicherheit bietende" Dienstleistungsforderung aufgerechnet werde.

Digitized by Google

auf die Kosten, dann auf die Zinsen, zuletzt auf die Hauptleistung anzurechnen.[27]) Bestimmt der aufrechnende Teil eine andere Anrechnung, so kann der Gegner der Aufrechnung widersprechen.

2. Die erklärte Aufrechnung wirkt auf den Zeitpunkt des aufrechnungsfähigen Gegenüberstehens der gegenseitigen Forderungen zurück. Daraus folgt:

α. Mit diesem Augenblicke hört der Zinsenlauf (zB. wenn zinsbare gegen zinslose Forderung steht, l. 11 D. 16, 2) und der Verzug auf, und eine Vertragsstrafe kann nicht mehr verfallen.

β. Auf diesen Augenblick kommt es ferner für die Frage an, ob eine zur Zeit der Abgabe der Erklärung verjährte, also mit einer Einrede behaftete und daher an sich nicht mehr aufrechnungsfähige (BGB. § 390, oben S. 279) Forderung noch aufgerechnet werden kann. In Übereinstimmung mit der für das Gemeine Recht herrschenden Ansicht und ALR. I, 16 § 377 (vgl. auch altes HGB. Art. 911) bestimmt BGB. § 390 Satz 2: „Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war."[28])

---

[27]) Dagegen hat das BGB. keine Entscheidung für die nach bisherigem Recht (auch beim Reichsgericht) streitige Frage gegeben, ob der nur einen Teil seiner Forderung einklagende Gläubiger den Aufrechnung verlangenden Schuldner auf den die Gegenforderung deckenden, nicht eingeklagten Rest der Forderung verweisen könne; zB. A. klagt von einer Darlehensforderung von 10000 Mk. gegen B. 5000 Mk. ein, B. rechnet eine Gegenforderung von 3000 Mk. auf, wogegen A. erwidert, daß hiergegen seine Restforderung stünde. Da nach BGB. die Aufrechnung sich unabhängig vom Prozeßlaufe (nicht mehr als exceptio compensationis, S. 286[21]) vollzieht, so ist der Gegenanspruch als nicht der eingeklagten Teilpost, sondern der ganzen Post entgegengehalten anzusehen, die er ihrem Gesamtbetrage nach mindert, so daß die eingeklagte Forderung noch gerechtfertigt bleibt (so auch ERG. 13, 172 gegen ERG. 7, 243).

[28]) ZB. A. giebt dem Dr. med. B. ein am 1. 4. 1901 fälliges Darlehen von 1000 Mk. B. leistet dem A. im Jahre 1900 ärztliche Dienste, wofür er 500 Mk. beanspruchen kann. Im Jahre 1903,

Digitized by Google

f. Aufrechnungsvertrag.

Wie bereits S. 273[4] erwähnt, regeln die §§ 387 ff. BGB. die Aufrechnung nur als ein auch gegen den Willen des Gläubigers anwendbares Erfüllungssurrogat des Schuldners. Außer dieser durch Gesetz gewährten und daher nur unter den durch das Gesetz festgestellten Voraussetzungen zulässigen Zwangsaufrechnung können die Parteien eine Aufrechnung auch durch Vertrag vereinbaren und sind hierbei natürlich an die gesetzlichen Voraussetzungen (Gegenseitigkeit, Fälligkeit, Klagbarkeit) nicht gebunden. Die wichtigsten Fälle von Aufrechnungsverträgen sind der Kontokurrentvertrag und die Skontration.

1. Der Kontokurrentvertrag.[29])

Ein Kontokurrentverhältnis (laufende Rechnung) ist vorhanden, wenn jemand (Kaufmann oder Nichtkaufmann) mit einem Kaufmanne derart in Geschäftsverbindung steht, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses (Saldo) ausgeglichen werden. Damit vereinbaren die Parteien, daß die zwischen ihnen im Laufe einer bestimmten (im Zweifel einjährigen, aber jederzeit kündbaren, HGB. § 355) „Kontokurrentperiode" entstehen-

---

also nachdem B.'s bis dahin nicht aufgerechnete Gegenforderung gemäß BGB. §§ 196[14], 201 bereits verjährt ist, macht A. seine Darlehensforderung geltend. Dann kann B dennoch aufrechnen. Denn seine jetzt verjährte Honorarforderung war am 1. April 1901, also „zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte," noch nicht verjährt.

[29]) Der Kontokurrentvertrag ist erst durch das neue HGB. §§ 355—357 gesetzlich in der im Texte dargelegten Weise geordnet worden. Bisher beruhte die Regelung auf dem Handelsgebrauche. Erwähnt war das Kontokurrent im alten HGB. nur in Art. 291 (Zinsen vom ganzen Saldo, auch wenn darunter Zinsen begriffen, oben S. 50), und vorausgesetzt war hierbei ein Rechnungsverhältnis zwischen zwei Kaufleuten. Doch hat der Handelsgebrauch ein Kontokurrent auch zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmanne zugelassen.

Digitized by Google

den gegenseitigen Forderungen von keiner Seite als einzelne geltend gemacht (eingeklagt oder cediert) werden dürfen,[30]) daß vielmehr nur die beiderseitigen Gesamtleistungen am Schlusse der Rechnungsperiode mit einander verglichen werden sollen. Bis dahin sind also die einzelnen beiderseitigen Ansprüche gestundet, werden aber verzinst. Eine Aufrechnung findet nicht zwischen den einzelnen Posten, sondern nur zwischen den Gesamtleistungen statt.[31])

Nach Schluß der Rechnungsperiode wird der Saldo gezogen und entweder gezahlt oder bei Fortsetzung des Kontokurrentverhältnisses als erster Posten „auf neue Rechnung vorgetragen" („Saldo Vortrag"). Wird der von einem Teilnehmer gezogene Saldo von dem anderen anerkannt, so bildet dieses Anerkenntnis einen neuen selbständigen Klagegrund, dem gegenüber der Beklagte sich nicht auf angebliche Unrichtigkeit einzelner in die — dem Ergebnis nach anerkannte — Rechnung aufgenommener Posten berufen, sondern nur das Anerkenntnis als solches (zB. wegen Irr-

---

[30]) Da kein Teil über einen einzelnen Posten durch Einziehung oder Abtretung verfügen kann, so ist auch eine derartige Pfändung seitens des Gläubigers eines Kontokurrentbeteiligten unzulässig. Gepfändet werden kann vielmehr nur der Anspruch auf den Saldo. Da nun eine solche Pfändung durch Entnahmen seitens des Pfandschuldners bis zum Schlusse der Kontokurrentperiode illusorisch gemacht werden könnte, bestimmt HGB. § 357, daß dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden können.

[31]) Durch die Unzulässigkeit einer Geltendmachung der einzelnen Posten während der Rechnungsperiode unterscheidet sich das Kontokurrentverhältnis von der sog. offenen Rechnung, wobei eine Geschäftsverbindung derart besteht, daß thatsächlich eine Verrechnung nur zu gewissen Zeiten (Jahresrechnung, Quartalsrechnung) stattfindet. Regelmäßig werden hierbei nur die Leistungen der einen Seite schuldbegründenden Charakter (Kreditgewährung) haben, während die der anderen nur zwecks Tilgung der Schulden erfolgen (zB. ich beziehe meine Bücher dauernd von A., rechne alle Jahre ab, zahle aber alle Quartale etwas ab). Ob dies ein notwendiges Thatbestandsmoment der offenen Rechnung im Gegensatz zu dem, beiderseitige schuldbegründende Leistungen voraussetzenden Kontokurrent ist, ist streitig. Die Abrechnung hat aber auch hier die Bedeutung eines abstrakten, einen selbständigen Klagegrund schaffenden Anerkenntnisses.

Digitized by Google

tums oder Betrugs bei der Abgabe) anfechten kann.[32]) Streitig ist, ob die Saldoanerkennung hinsichtlich der in die Rechnung aufgenommenen Posten als Novation oder nur als accessorische Stipulation anzusehen ist (so ERG. 18, 246). Jedenfalls haften nach HGB. § 356 die für einen in die Rechnung aufgenommenen Posten bestellten Sicherheiten (Pfänder, Bürgen) auch für den entsprechenden Saldobetrag fort, bis dieser auf neue Rechnung vorgetragen und dadurch zu einem ganz neuen Posten wird. Ein Beispiel eines Kontokurrentauszugs findet sich S. 295.

2. Skontration.[33])

Die wirtschaftliche Bedeutung der Aufrechnung liegt in der Ersparung einer zwecklosen, Umstände und Kosten verursachenden Hin- und Herzahlung (interest potius nostra, non solvere quam solutum repetere, l. 3 D. 16, 2). Die wesentliche Voraussetzung der Aufrechnung, das Bestehen gegenseitiger Forderungen zwischen zwei Personen, tritt nun aber verhältnismäßig selten ein. In erweitertem Maße wird der Zweck der Ersparung thatsächlicher Erfüllung, vor allem einer Barzahlung, dadurch erreicht, daß mehrere Personen, die mit einander in dauernder Geschäftsverbindung stehen, vereinbaren, die zwischen den Mitgliedern entstehenden Forderungen unter Zuhülfenahme von aktiven und passiven Delegationen (S. 248) soweit als möglich zum

[32]) Keinen Einfluß auf den Umfang des Anfechtungsrechts hat die einseitige Beifügung der Klausel S. E. & O. (Salvo errore et omissione).

[33]) Die zuerst auf den Messen ausgebildete Skontration hat ihre großartigste Ausbildung erhalten in dem 1780 gegründeten Londoner Clearinghouse (spr. Klieringhaus), dem u. A. auch die 1883 gegründete, der Leitung der Reichsbank unterstellte Abrechnungsstelle in Berlin nachgebildet ist. Etwa 25 Berliner Bankinstitute sind zu einem Skontroverbande zwecks Abrechnung ihrer gegenseitigen Forderungen und Schulden aus Anweisungen (Checks) und Wechseln zusammengetreten. Alltäglich vereinigen sich nun Beauftragte sämtlicher Mitglieder und jeder derselben teilt unter Überreichung der Checks und Wechsel mit, welche Forderungen seine Firma für den Tag gegen die übrigen Verbandsmitglieder hat. Der die Verhandlungen leitende Beamte der Reichsbank übergiebt die eingereichten Urkunden den Vertretern der Schuldner zur Herbei-

Digitized by Google

Ausgleich zu bringen. Ein solcher Abrechnungsvertrag heißt Skontrationsvertrag (vom ital. scontro, Begegnung).

---

führung der Prüfung. Die Forderungen gelten als anerkannt, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten kurzen Frist beanstandet werden. Nach einigen Stunden vereinigen sich die Vertreter von Neuem, um den Ausgleich auf Grund des nunmehr feststehenden Verhältnisses der von ihren Häusern beanspruchten und zu bewirkenden Zahlungen thatsächlich vorzunehmen. Wenn zB. A. an dem Abrechnungstage von B. 5000, von C. 6000 Mk. zu fordern hat, dagegen an D. 7000, an E. 8000 Mk. zahlen muß, so muß er 4000 Mk. an die Abrechnungsstelle zahlen, um „glatt" zu sein. Wenn andererseits B. dem A. 5000 Mk. schuldet, von G. 9000, von H. 10000 Mk. zu fordern hat, so muß er 14000 Mk. von der Abrechnungsstelle gezahlt erhalten. Die Gesamtsumme der Aktivsaldi stimmt mit der Gesamtsumme der Passivsaldi naturgemäß überein. Wenn also alle Mitglieder, die mehr zu zahlen, als zu fordern haben, den Schuldüberschuß bar in die Kasse der Abrechnungsstelle legten, so wäre gerade soviel darin, daß die Forderungsüberschüsse der Mitglieder, die mehr zu fordern, als zu zahlen haben, gedeckt werden könnten. Aber auch diese restliche Barzahlung wird auf folgende Weise vermieden.

Jedes Mitglied der Abrechnungsstelle hat ein Girokonto (vom ital. giro = Kreis, Geldumlauf) bei der Reichsbank, d. h. es hat bei der Reichsbank eine Geldeinlage gemacht, wogegen die Reichsbank sich verpflichtet, auf Anweisung des Girokunden Zahlungen aus dessen Guthaben zu leisten. Soll die Zahlung an einen anderen Girokunden erfolgen, so geschieht dies — ähnlich wie bei der **transscriptio a persona in personam** (S. 191) — einfach durch Abschreibung von dem Konto des Anweisenden und Zuschreibung auf das Konto des Anweisungsempfängers. Bei der Abrechnung zwischen den Mitgliedern der Abrechnungsstelle weiß nun zB. A. in dem obigen Beispiel, daß er 4000 Mk. zahlen muß, nicht aber an wen. Eine direkte Girozahlung wäre also ausgeschlossen. Die sämtlichen Mitglieder mit Passivsaldi überweisen daher ihre Schulden durch „roten Check" („die Reichsbank wolle dem Konto der Abrechnungsstelle 4000 Mk. zuschreiben und dafür belasten das Konto des A.") zunächst dem Girokonto der Abrechnungsstelle, die den so erhaltenen Überschuß ihrerseits den Girokonten der Mitglieder mit Aktivsaldo in Höhe der für die einzelnen Mitglieder herausgerechneten Beträge gutschreiben läßt. Millionen werden so alljährlich ohne Barzahlung umgesetzt. Denn jede der beteiligten Banken hat wieder tausende von Kunden hinter sich, deren Zahlungen sie vermittelt und die bei ihr ein Girokonto haben. Eine ähnliche Skontration findet auch unter den Mitgliedern der Börse hinsichtlich der Effekten-

Digitized by Google

Debet Herr Oskar Müller in Posen im Kontokurrent mit H. Woellner. **Credit**

1898					1898				
Juli	1	An Saldo[1]	1350	—	Juli	5	Per Zinsscheine (Kupons)[6] .	1275	—
„	6	„ Check auf London[2] 100 £	2040	—	„	6	„ 3000 Mk. Preußische Konsols[4]	3084	—
Oktober	31	„ 1000 Mk. Osthavelländ. Kreisanleihe[3] . . .	998	75	Novemb.	15	„ Kasse[6]	2500	—
Dezember	6	„ Überweisung an Heinrich Schultze[5]	1500	—	Dezember	20	„ 60 £ Mexikanische 6% Anleihe[4][7]	1206	30
„	15	„ 1000 Francs 4% Rumänische Anleihe[3] . .	584	65	„	31	„ Zinsen laut besonderer Aufstellung	18	35
„	31	„ Porto-Auslagen pro II. Semester. . . .	2	90					
„	31	„ Zinsen laut besonderer Aufstellung	1	05					
„	31	„ Saldo	1606	30					
			8083	65	1899			8083	65
					Januar	1	Per Saldo[7]	1606	30

Irrtum vorbehalten

Nauen, 2. Januar 1899. H. Woellner.

[1]) Oskar Müller war diesen Betrag aus der Rechnung vom 1. Semester schuldig an H. Woellner.
[2]) Oskar Müller hat von H. W. einen Check auf London über 100 Pfund Sterling im Werthe von 2040 Mk. erhalten.
[3]) H. Woellner kaufte für O. M. die berechneten Effekten und belastete das Konto des O. M. dafür.
[4]) H. W. verkaufte für O. M. die berechneten Effekten und schrieb die gelösten Beträge dem Konto des O. M. gut.
[5]) H. W. zahlte auf Veranlassung des O. M. 1500 Mk. an Heinrich Schultze und belastete O. M.'s Konto für diesen Betrag.
[6]) H. W. empfing von O. M. die Zinsscheine und den Barbetrag und schrieb diesen dem Konto O. M. gut.
[7]) H. W. ist O. M. am Jahresschluß 1606,30 Mk. schuldig, die Abrechnung für 1899 würde also auf der rechten (Kredit-) Seite mit dem Posten anfangen: 1899. Januar 1. Per Saldo 1606,30 Mk.

Digitized by Google

Vierter Titel. Erlaß. (BGB. § 397).

§ 100. Erlaß.

a. Begriff und Voraussetzungen.

Erlaß[1]) ist Befreiung des Schuldners durch Vertrag mit dem Gläubiger (BGB. § 397 Abs. 1). Dem Erlaßvertrage steht gleich der sog. negative Anerkennungsvertrag, in welchem der Gläubiger dem Schuldner gegenüber anerkennt, daß ein bestimmtes Schuldverhältnis zwischen ihnen nicht bestehe (§ 397 Abs. 2).

Aus dem Begriffe des Erlasses folgt:

1. Der Erlaß wird nicht durch die einseitige Erklärung des Gläubigers wirksam, sondern erfordert die — freilich auch durch konkludente Handlungen (stillschweigend, III, 411) erklärbare, unter Umständen sogar aus bloßem Stillschweigen zu folgernde — Annahme seitens des Schuldners, also einen Vertrag. Andererseits ist die Wirksamkeit des Erlaßvertrags von dem Rechtsgrunde (Schenkung, Verrechnung

---

lieferung statt (in Berlin durch den „Liquidationsverein der Berliner Börse").

In Vorbereitung befindet sich ein Gesetzentwurf, der beabsichtigt, die Postanstalten für die Zwecke des Giroverkehrs dienstbar zu machen.

[1]) Das ALR. I, 16 §§ 378, 379 unterscheidet: „Die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen, wird Entsagung genannt. Die Entsagung eines bereits erworbenen Rechts heißt Erlaß, die eines noch zu erwerbenden aber Verzichtleistung." Nach ALR. I, 16 §§ 388, 392 ist regelmäßig Annahme des Gegners erforderlich, nur gerichtliche Entsagungen bedürfen keiner Annahme.

Während diese Vorschriften des ALR. sich auf alle Rechtsverhältnisse beziehen, beschränkt sich § 397 BGB. auf die Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch Erlaßvertrag. Eine andere Bedeutung hat das Wort Erlaß in BGB. § 276 Abs. 2 (Erlaß der Haftung wegen Vorsatzes ist unzulässig, oben S. 119) sowie in den §§ 476, 540, 637 (Erlaß der Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe, bei der Miete und beim Werkvertrage); vgl. ferner noch CPO. § 306 (bisher § 277: Verzicht des Klägers auf den geltend gemachten Anspruch).

Über den Zwangsvergleich im Konkurse, der regelmäßig einen Erlaß in sich schließt, vgl. I, 379.

Digitized by Google

oder anderweite Erfüllung), der den Gläubiger zu dem Erlasse veranlaßt hat, unabhängig. Der Erlaßvertrag ist vielmehr ein abstraktes Rechtsgeschäft (III, 361); die dadurch bezweckte (dingliche, S. 179) Wirkung, nämlich die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit, tritt daher selbst dann ein, wenn die Parteien verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben oder wenn der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht besteht.[2])

---

[2]) Z.B. A. hat gegen B. eine Darlehensforderung, die durch eine auf B.'s Grundstück eingetragene Hypothek gesichert ist. B. übergiebt A. eine Anweisung (Check) in Höhe der Darlehensforderung auf sein angebliches Guthaben bei der Reichsbank. A. erklärt darauf vor dem Grundbuchamte die Löschungsbewilligung und seine Hypothek wird auf B.'s Antrag im Grundbuche gelöscht. Bei der Vorzeigung der Anweisung erklärt die Reichsbank, B.'s Guthaben sei von dessen Gläubiger C. gepfändet und ihm an Zahlungsstatt überwiesen, zahlt also nicht. Dann bleibt die dingliche Wirkung der erklärten Löschungsbewilligung trotzdem bestehen, die in Folge der Löschung der Hypothek des A. vorrückenden Posten behalten daher ihren nunmehrigen Platz. Dagegen hat natürlich (III, 364) A. gegen B. einen persönlichen Anspruch (condictio) auf Wiederherstellung der Hypothek an der zunächst freien Stelle nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung; BGB. §§ 812 ff.; vgl. § 812. „Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. ... Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung ... des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses."

Dadurch, daß der Erlaß und das negative Anerkenntnis das Schuldverhältnis zur Lösung bringt und den Schuldner befreit, ohne Rücksicht darauf, welche Umstände den Gläubiger zu seiner Erklärung bewogen haben (Erfüllung, Verrechnung, Schenkung) unterscheiden sich diese Rechtsvorgänge begrifflich streng von der Quittung, dem Anerkenntnisse, daß das Schuldverhältnis durch Erfüllung sein Ende erreicht hat. Wie aber bereits oben S. 261[16] dargelegt ist, kann sich äußerlich ein Erlaßvertrag ohne Erfüllung (z.B. zwecks einer Schenkung des Geschuldeten an den Schuldner) sehr wohl in die Form einer Quittung kleiden, und umgekehrt ist es nichts Seltenes, daß Personen, die längere Zeit mit einander in Geschäftsverbindung standen, nach völliger Erfüllung ihrer beiderseitigen Verpflichtungen an Stelle einer Generalquittung einander das abstrakte Anerkenntnis abgeben, daß keiner von dem Anderen noch etwas zu fordern habe.

Digitized by Google

2. Nach rR. konnte ein Erlaßvertrag entweder durch acceptilatio (S. 181[2]) oder durch pactum de non petendo geschlossen werden. Die acceptilatio war ein formelles, der Bedingung und Befristung unzugängliches (III, 473) und nur Verbalobligationen gegenüber als Lösungsmittel geeignetes Rechtsgeschäft, während das dem prätorischen Recht entstammende pactum de non petendo formlos, bei allen Schuldverhältnissen und auch auf Zeit oder bedingt anwendbar war.[3]) Freilich waren auch, wie unten darzulegen, die Wirkungen beider Rechtsgeschäfte verschieden.

Der Erlaßvertrag des BGB. ist an keine Form gebunden,[4]) auch nicht das Anerkenntnis des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses, während das (positive) Schuldanerkenntnis der Schriftform bedarf (BGB. § 781).

b. Wirkungen.

Nach rR. bewirkte die acceptilatio die Auflösung des Schuldverhältnisses ipso jure. Dagegen erzeugte das pactum de non petendo nur eine exceptio pacti, die der Schuldner geltend machen mußte (und zwar zur Zeit des Formularverfahrens bereits in jure, um die Einrückung der Klausel „si non inter partes convenerit, ne pecunia peteretur" zu erreichen).[5]) Nur gewisse Strafklagen (actio

[3]) Ein als acceptilatio unwirksames Geschäft konnte mitunter (im Wege einer Konversion, III, 457) als pactum de non petendo wirksam werden; vgl. zB. l. 19 pr. D. 46, 4: „Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest."

[4]) Nach ALR. I, 16 § 381 erfordern Erlaß und Verzicht allemal eine ausdrückliche Willenserklärung und unterliegen ferner den gewöhnlichen Formvorschriften (Schriftform bei mehr als 150 Mk.).

[5]) Das (im Digestentitel 2, 14 De pactis behandelte) pactum de non petendo konnte entweder in personam oder in rem gerichtet sein und zwar im ersteren Falle entweder in personam debitoris, wenn die exceptio pacti nur dem Schuldner persönlich, nicht seinem Erben oder Mitschuldner zustand, oder in personam creditoris, wenn die Einrede nur dem Gläubiger persönlich, nicht auch seinem Erben entgegengestellt werden konnte. Aus einem in rem geschlossenen pactum de non petendo dagegen entstand eine exceptio pacti für und gegen jeden am Schuldverhältnisse Beteiligten.

Digitized by Google

furti und actio injuriarum) wurden durch ein pactum de non petendo schon ipso jure beseitigt (l. 17 § 1 D. 2, 14). Im Gem. R. sind mit der Beseitigung der stipulatio und der acceptilatio als Rechtsformen die äußeren Unterschiede zwischen acceptilatio und pactum de non petendo fortgefallen. Auch der formlos geschlossene Erlaßvertrag kann völlige Beseitigung des Schuldverhältnisses bezwecken.

Im BGB. § 397 ist der Erlaß als ipso jure wirkender Schuldtilgungsgrund behandelt. Bei der das moderne Schuldrecht beherrschenden Gestaltungsfreiheit können die Beteiligten aber sehr wohl vereinbaren, daß der Erlaß nicht das ganze Schuldverhältnis aufheben, sondern nur die obligatorische Wirkung haben soll, dem Beklagten persönlich eine Einrede gegen den Anspruch des Gläubigers zu gewähren, sei es auf Zeit (Stundungsvertrag) oder für immer. Der letztere Fall ist z.B. dann möglich, wenn der Gläubiger einen Gesamtschuldner seiner Verpflichtung entläßt, das Schuldverhältnis im Übrigen aber aufrecht erhält (BGB. § 423, unten S. 364) oder sich verpflichtet, seine Befriedigung nur aus den ihm verpfändeten Sachen, nicht aus dem übrigen Vermögen des Schuldners zu suchen.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung. (BGB. §§ 398—413).

§ 101. Forderungsübergang.[1])

a. Geschichte.

Nach römischem Rechte war das Schuldverhältnis ein „juris vinculum“ (oben S. 4[5]), ein Rechtsband zwischen zwei bestimmten Personen. Es erschien daher — abgesehen vom Erbgange, wobei der Erbe die Rechtspersönlichkeit des Erblassers mit der seinen vereint, und von sonstigen Universalsuccessionen (III, 85) — begrifflich unmöglich, das Gläubiger-

[1]) Digestentitel 18, 4 und Kodextitel 4, 3: **De hereditate vel actione vendita**; ALR. I, 11 Abschnitt 3: Von Abtretung der Rechte, §§ 376—444.

Digitized by Google

recht vom Gläubiger, die Schuldnerpflicht vom Schuldner zu trennen. Wollte der Gläubiger seine Forderung einem Anderen zuwenden, oder sollte ein Anderer die Verbindlichkeit des Schuldners übernehmen, so war dies nur so möglich, daß im Wege der Novation (S. 247) unter Aufhebung des alten Schuldverhältnisses ein neues zwischen den nunmehr Beteiligten erzeugt wurde. Die Novation hatte aber, abgesehen davon, daß der Eintritt eines neuen Gläubigers der Mitwirkung des Schuldners bedurfte, eben den Nachteil, daß das alte Schuldverhältnis mit den dagegen zulässigen Einreden und andererseits den dafür bestellten Sicherheiten (Bürgen, Pfändern) unterging, sodaß eine Rechtswirkung erzielt wurde, die über den notwendigen und gewollten Erfolg, nämlich den Eintritt eines neuen Gläubigers oder Schuldners, weit hinausging.

Während nun die Römer hinsichtlich der passiven Seite, des Eintritts eines neuen Schuldners, also wie man heute sagt, der Schuldübernahme (unten § 104), starr an dem Dogma der Unlöslichkeit des Schuldverhältnisses von der Person des ursprünglichen Schuldners festhielten, ließen sie nach der Aktivseite eine gewisse Lockerung zu, wenn auch stets nur auf Umwegen und unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Gedankens von der Untrennbarkeit des Gläubigerrechts von der Person des ursprünglichen Gläubigers.

1. Mandatum ad agendum in rem suam.

Durch das Formularverfahren wurde die Möglichkeit geschaffen, Klagen durch Stellvertreter anzustellen (I, 201). Wollte nun Titius eine ihm gegen Mävius zustehende Forderung dem Sejus zuwenden, so wies er diesen an, als procurator die Klage zu erheben und das Erhaltene für sich zu behalten.[2]) Sejus war nach außen, dem Mävius

[2]) Gaji Inst. II, 38, 39: „Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur novatio obligationis. Sine

Digitized by Google

gegenüber, Stellvertreter des Titius, nach innen, dem Titius gegenüber, Empfangsberechtigter (procurator in rem suam). In der Klagformel trat diese Doppelstellung dadurch in die Erscheinung, daß die intentio auf den ursprünglichen Gläubiger, die condemnatio auf den in dessen Namen auftretenden Empfangsberechtigten gestellt wurde (Si paret, Maevium Titio decem dare oportere, Maevium Sejo decem condemna, si non paret, absolve; Gaji Inst. IV, 86).

2. Actio utilis.

Der in dem mandatum ad agendum in rem suam liegende Behelf gewährte dem Forderungserwerber (Cessionar) eine sehr unsichere Rechtsstellung. Denn da er zu dem ursprünglichen Gläubiger (Cedenten) im Verhältnis eines Beauftragten (Mandatars) zum Auftraggeber (Mandanten) stand, so konnte sein mandatum ad agendum ihm durch einfachen Widerruf des Auftrags entzogen werden; es erlosch ferner durch den Tod des Cedenten oder Cessionars von selbst, und endlich konnte der Schuldner (debitor cessus) statt an den Beauftragten immer noch auch an den Auftraggeber leisten. Erst mit der Litiskontestation, also der Aushändigung der auf seinen Namen gestellten Formel an den Cessionar, erhielt dieser ein unmittelbares und unentziehbares Recht gegen den debitor cessus; denn damit war der Anspruch des Gläubigers verbraucht (I, 250).

Um den Cessionar (oder richtiger Inkassomandatar) nun auch für die Zeit vor der Litiskontestation sicher zu stellen, wurde in der Kaiserzeit (zuerst von Antoninus Pius zu Gunsten des Erbschaftskäufers, l. 16 pr. D. 2, 14, dann auch für den Forderungskauf, l. 8 C. 4, 39, endlich ganz allgemein) dem Cessionar schon von Abschluß des Übertragungsvertrags an das Recht gewährt, die erworbene Forderung im eigenen Namen durch eine der Klage des Cedenten nachgebildete Klage, also durch eine actio utilis (I, 240), geltend zu machen. Da nunmehr der Cessionar

---

hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri."

Digitized by Google

nicht mehr alieno, sondern suo nomine klagte, war sein Recht dem Widerrufe des Cedenten entzogen und vererblich.

3. Denuntiatio.

Die Gewährung einer actio utilis befestigte das Recht des Cessionars jedoch nur dem Cedenten, nicht auch dem Schuldner, dem debitor cessus, gegenüber. Für diesen galt, bis mit dem Cessionar die Litiskontestation stattgefunden hatte, der Cedent als alleiniger Gläubiger. Bis zur Litiskontestation konnte der Schuldner durch Leistung an den Cedenten das Recht des Cessionars also immer noch vernichten. Um den Cessionar auch dem debitor cessus gegenüber schon vor der Litiskontestation sicher zu stellen, wurde die denuntiatio oder certioratio eingeführt, d. h. man legte einer den debitor cessus von der Übertragung in Kenntnis setzenden Benachrichtigung durch den Cessionar die Wirkung der Litiskontestation bei. Dies wird in einer Konstitution Gordians III. (239 n. Chr., aufgenommen in l. 3 pr. C. 8, 41) ausdrücklich anerkannt. Nunmehr hatte der Cessionar also schon von der Denuntiation an gegen den debitor cessus ein festes Recht auf Empfangnahme der Leistung.

4. Fortentwickelung im Gemeinen Recht.

Das rR. hatte auch auf seiner letzten Entwickelungsstufe nie den wirklichen Eintritt des Cessionars an Stelle des Cedenten in das zwischen diesem und dem Schuldner bestehende Schuldverhältnis für möglich erachtet, sondern war dabei stehen geblieben, daß der Cessionar nur die dem Cedenten zustehenden Rechte, insbesondere das Klagerecht, zur eigenen Ausübung übertragen erhalte.[3]) Diese Auffassung wurde aber bei der Rezeption unter dem Einflusse des deutschen Rechts nicht in das Gemeine Recht übernommen.

---

[3]) Daher sprechen die Quellen meist nicht von „cedere nomen“ sondern von „mandare“ oder „cedere actionem“.

Digitized by Google

Allerdings war auch das deutsche Recht von der Unzulässigkeit der Forderungsübertragung durch den einseitigen Willen des Gläubigers ausgegangen. Maßgebend war hierbei aber nicht eine begriffliche Unmöglichkeit der Fortsetzung des Schuldverhältnisses zwischen anderen Personen als den Begründern, sondern das Interesse des Schuldners. Es erschien unbillig, daß dem Schuldner ohne seine Zustimmung ein anderer als der ursprüngliche Gläubiger sollte aufgedrängt werden dürfen. Daher war die Abtretung mit Zustimmung des Schuldners zulässig, und dieser konnte sich sogar schon bei der Begründung des Schuldverhältnisses urkundlich verpflichten, dem Gläubiger oder dessen berechtigten und durch den Besitz der Urkunde ausgewiesenen Rechtsnachfolgern zu leisten (Entstehung der Order- und Inhaberpapiere, II, 372).

Nach der Rezeption begann zwischen der römischen und der deutschen Anschauung ein Kampf, der erst am Ende des 19. Jahrhunderts endgültig zu Gunsten der deutschen Auffassung entschieden ist. Noch Mühlenbruch (Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1817), Puchta und Vangerow hielten an dem Dogma fest, daß bei der Abtretung nicht das Forderungsrecht selbst, sondern nur seine Ausübung auf den Cessionar übergehe. Gegenwärtig ist die Übertragbarkeit des Forderungsrechts selbst in Theorie (vor allem von Windscheid, „Die actio des röm. Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts," und von Bähr) und Praxis (zB. ERG. 4, 111) fast allseitig anerkannt. Auf dem gleichen Standpunkte stehen alle neueren Gesetzbücher (mit Ausnahme des Sächsischen BGB.), insbesondere das ALR. (I, 11 § 377 „. . . Das Eigentum des Rechts geht auf den neuen Inhaber über") und das BGB. § 398: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers."

b. Arten des Forderungsübergangs.

Das Ergebnis der eben geschilderten Entwickelung ist, daß nach modernem Gemeinen Recht und nach BGB. die

Digitized by Google

Forderung — als Vermögensstück (nomen, S. 2[2]) gedacht — wie eine körperliche Sache aus dem Vermögen des ursprünglichen Gläubigers in das eines Anderen übergehen kann. Dieser Übergang kann sich vollziehen: entweder durch einen Vertrag (Abtretung, cessio voluntaria) oder kraft richterlicher Anordnung (cessio necessaria) oder unmittelbar kraft Gesetzes (cessio legis).

1. Abtretung (cessio voluntaria).

Nach BGB. § 398 tritt bei der Abtretung, d. h. der vertragsmäßigen Übertragung einer Forderung, der neue Gläubiger[4]) mit dem Abschlusse des Vertrages an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Das bedeutet:

α. Die Abtretung geschieht durch Vertrag. Der Forderungsübergang vollzieht sich also nicht schon durch die Abtretungserklärung des Cedenten, sondern erst durch die Annahmeerklärung des Cessionars, die unter den sonstigen Voraussetzungen (III, 411) auch stillschweigend (durch konkludente Handlungen) abgegeben und sonst aus Stillschweigen gefolgert werden kann.[5])

---

[4]) Das BGB. sagt für Cedent „bisheriger Gläubiger", für Cessionar „neuer Gläubiger", für debitor cessus „Schuldner"; vgl. zB. BGB. § 404.

BGB. §§ 398 ff. betreffen nur die Übertragung der Forderung unter Lebenden. Die Übertragung durch Vermächtnis (nomen legatum) ist in den §§ 2173 ff. behandelt.

[5]) Eine Ausnahme bildet anscheinend § 19 RGBO. vom 24. März 1897. Danach erfolgt eine Eintragung ins Grundbuch allerdings auf einseitige Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen wird. Zur Eintragung der Abtretung einer Hypothek bedarf es hiernach nur der (gemäß § 29 vor dem Grundbuchrichter zu Protokoll zu gebenden oder durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisenden) Abtretungserklärung des Cedenten, nicht auch noch der Annahmerklärung des Cessionars. Diese Vorschrift soll aber nur den Grundbuchverkehr erleichtern, begründet jedoch keine Abweichung von dem Satze, daß die Abtretung der Zustimmung des Cessionars bedarf. Wenn also zB. A. eine für ihn auf dem Grundstücke X. eingetragene Hypothek, um sie dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, am 1. April auf seinen Freund B. umschreiben läßt, ohne ihn zu fragen, und ein Gläubiger des B., der dies erfährt, am 2. April die nunmehr auf B.'s Namen

Digitized by Google

β. **Der Abtretungsvertrag ist ein abstrakter Vertrag, ein „dingliches Veräußerungsgeschäft" (III, 366[10]) gleich der Auflassung, der Tradition (nach der richtigen Meinung, III, 365[9]) und dem Erlaß (S. 297). Erklärt der Gläubiger einer Forderung, daß er sie auf einen Anderen übertrage, und nimmt dieser die Erklärung an, so ist damit der Forderungsübergang vollzogen, gleichgültig, welcher innere Grund (causa cessionis: Kauf, Schenkung, Mitgiftbestellung) den Cedenten zur Abgabe der Abtretungserklärung, den Cessionar zu deren Annahme veranlaßt hat. Daher vollzieht sich der Forderungsübergang auch dann, wenn eine causa cessionis garnicht vorhanden war oder jeder der Beteiligten eine andere causa cessionis (zB. der Cedent Verkauf, der Cessionar Schenkung) vorausgesetzt hatte, und ferner ohne Rücksicht auf den mit der Abtretung etwa verfolgten Zweck.[6]) Fehlt eine causa cessionis**

---

stehende Forderung pfändet, so ist diese Pfändung hinfällig, wenn B., nachdem er die Benachrichtigung von der Umschreibung erhalten hat, dem A. erklärt, er nehme die ohne sein Einverständnis erfolgte Abtretung nicht an.

[6]) Haben Cedent und Cessionar — wie man bei der (schon in der Glosse zu l. 5 C. 4, 15 mit der Cession verglichenen) Tradition körperlicher Sachen sagt (III, 365[9]) — bezüglich der Forderung den **„animus dominii transferendi et adquirendi"** gehabt, d. h. soll die Forderung wirklich aus der Rechtssphäre des alten in die des neuen Gläubigers übertreten, so ist es für den Eintritt des Forderungsübergangs unerheblich, ob die Übertragung zum Zwecke des dauernden Übergangs der Forderung in das Vermögen des Cessionars geschah, oder ob die Beteiligten die Form der Abtretung gewählt haben, um einen anderen wirtschaftlichen Zweck zu erreichen. Daraus ergiebt sich die Richtschnur für die Behandlung der fiduziarischen Abtretungen (III, 385), besonders der sog. Inkassocession (Abtretung zwecks Einziehung) und der sog. **cessio in securitatem** (Sicherheitscession). Wenn zB. der Engländer A. in London gegen B. in Berlin eine Forderung hat, so kann er die nach CPO. § 110 (bisher § 102) erforderliche Sicherheitsleistung und den nach § 85 GKG. zu zahlenden dreifachen Ausländervorschuß (I, 297[5]) dadurch umgehen, daß er seine Forderung an seinen deutschen Geschäftsfreund C. oder an eines der die Einziehung von Forderungen übernehmenden deutschen Institute abtritt. Hiergegen kann der Schuldner nicht etwa den Einwand der Simulation erheben, denn die Abtretung ist wirklich gewollt; wie sich die dabei Beteiligten hinsichtlich des

Digitized by Google

oder herrscht darüber kein Einverständnis zwischen den Beteiligten, wird der mit der Abtretung verfolgte Zweck nicht erreicht oder fällt er fort, so wird dadurch die Thatsache des Forderungsübergangs nicht berührt, sofern der Cessionsakt selbst gültig ist. Nur kann der Cedent, wie bei allen abstrakten Geschäften (III, 363), aus diesen Umständen gegen den Cessionar persönlich einen Anspruch (aus ungerechtfertigter Bereicherung, condictio sine causa oder causa data non secuta) auf Rückgängigmachung des Forderungsübergangs, d. h. auf Rückcession, herleiten. Ferner ist die causa cessionis maßgebend für das Verhältnis des Cedenten zum Cessionar (unten S. 329).

γ. Der Forderungsübergang tritt mit dem bloßen Abschlusse des Abtretungsvertrags ein. Er bedarf, um allseitig, auch dem Schuldner (debitor cessus) gegenüber wirksam zu werden, nicht noch einer Bekanntmachung (Denuntiation) an den Schuldner; diese hat vielmehr nach BGB. nur die Bedeutung, den guten Glauben des Schuldners zu beseitigen. Hierüber ist unten zu sprechen (S. 332).

δ. Der Abtretungsvertrag bedarf nach BGB.[7]) regelmäßig keiner Form. Er braucht

Erhaltenen verrechnen, geht den debitor cessus nichts an. Ebensowenig ist dieser Einwand gegeben, wenn A. seinem Gläubiger B., um ihn zu sichern, eine Forderung gegen C. erfüllungshalber (oben S. 254[6]), d. h. mit der Vereinbarung abtritt, daß C. aus der Forderung seine Befriedigung suchen und den Überschuß an A. abführen solle.

[7]) Nach ALR. I, 11 § 394 bedarf die Abtretung von Schuldforderungen, worüber „briefliche Urkunden" vorhanden sind („verbriefte Forderungen"), stets der Schriftform, im Übrigen nur, wenn das Objekt über 150 Mk. ist. Dagegen bedarf nach ALR. I, 20 §§ 273, 281 die Verpfändung von Forderungen in allen Fällen, auch wenn sie nicht verbrieft und selbst unter 150 Mk. sind, der Schriftform, und, je nachdem sie verbrieft sind oder nicht, ferner der Übergabe der Urkunden (§ 281) oder der Benachrichtigung des Schuldners. Nach BGB. ist die Verpfändung von Forderungen grundsätzlich gerade so formlos, wie ihre Abtretung; nur muß der verpfändende Gläubiger die Verpfändung dem Schuldner anzeigen (§ 1280). Über Abtretung und Verpfändung der in das Grundbuch eingetragenen Forderungen vgl. S. 307[8].

Digitized by Google

ferner, auch bei Abtretung gegen Entgelt (Kauf, Tausch), nicht den Vermerk zu enthalten, daß die Gegenleistung erfolgt ist (Valutaklausel). Auch ist zum Wirksamwerden der Abtretung die Aushändigung einer über die Forderung etwa vorhandenen Urkunde (z.B. des Darlehensschuldscheins) an den Cessionar nicht erforderlich. Anders freilich, wenn die Forderung sich in der Urkunde verkörpert, wie bei den Orderpapieren und bei den über grundbuchliche Eintragungen gebildeten Briefen.[8]) Ist Schriftform durch Gesetz oder

[8]) Besondere Formen sind nach Reichsrecht vorgeschrieben für die Abtretung der:

α. Briefhypotheken (Briefgrundschulden, Briefrentenschulden): schriftliche Abtretungserklärung, die durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden kann, und Übergabe des Hypothekenbriefs (BGB. §§ 1154 Abs. 1).

β. Buchhypotheken (Buchgrundschulden, Buchrentenschulden), d. h. solcher Eintragungen der III. Abteilung, bei denen die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist, was nach bisherigem Rechte (PrGBO. § 122) nur für Hypotheken, nach BGB. auch für Grund- und Rentenschulden zulässig ist: Eintragung der Abtretung in das Grundbuch; vorher bindet die Einigung nur die Beteiligten persönlich (BGB. §§ 1154 Abs. 3, 873).

Hiernach vollzieht sich die vollwirksame Abtretung (und ebenso die Verpfändung, BGB. § 1274, S. 306[7]) von Briefhypotheken außerhalb des Grundbuchs, von Buchhypotheken nur durch Eintragung in das Grundbuch. Nach bisherigem PrR. (EEG. vom 5. Mai 1872 § 54) war die Eintragung der Abtretung (oder Verpfändung) einer Hypothek auch dann für deren Übertragung (und für die Entstehung des Pfandrechts) unerheblich, wenn die Bildung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen war.

γ. Wechsel. Die Übertragung einer Wechselforderung erfolgt regelmäßig durch einen meist auf die Rückseite („in dorso", davon Indossament, II, 372) des Wechsels gemachten Vermerk (Indossament, Giro). Die Indossierung kann geschehen: entweder unter Benennung des Erwerbers (Indossatars, Vollindossament: „Für mich an die Order des Herrn Franz Schulze. G. Müller", auch auf der Vorderseite des Wechsels zulässig, vgl. III, 422[8]) oder durch einfache Namensunterschrift (aber nur auf der Rückseite des Wechsels, WO. Art. 12) seitens des Inhabers (Indossanten, Blankoindossament: „G. Müller").

Die Übertragung einer Wechselforderung kann aber auch durch gewöhnliche Cession, also formlos, aber unter Übergabe des die Forderung verkörpernden Wechsels geschehen. Die Wirkungen einer durch Abtretung und einer durch Giro erfolgten Übertragung der

Digitized by Google

Rechtsgeschäft vorgeschrieben, so genügt sog. **Blankocession.**[9])

Wechselforderung sind aber ganz verschieden. Die Abtretung überträgt die Forderung so, wie sie sich beim Cedenten darstellt; daher kann der **debitor cessus** dem Cessionar grundsätzlich alle Einwendungen entgegenstellen, die er gegen den Cedenten hat (unten S. 334), und das Verhältnis des Cedenten zum Cessionar bestimmt sich nach der der Cession zu Grunde liegenden **causa cessionis** (unten S. 329). Das Indossament dagegen überträgt die Wechselforderung (sog. Transportfunktion des Indossaments), wie sie sich in der Wechselurkunde verkörpert („papiermäßig"), und nach Wechselrecht („wechselmäßig"). Daher kann der Wechselschuldner sich nur solcher Einreden bedienen, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen (WO. Art. 82). Ferner haftet der Indossant dem Indossatar und jedem späteren Erwerber des Wechsels für dessen Zahlung und Annahme nach Wechselrecht (sog. Garantiefunktion des Indossaments, WO. Art. 14). Allerdings kann der Indossant seine Verbindlichkeit überhaupt ausschließen (durch eine Bemerkung: „ohne Gewährleistung", „ohne Obligo", Aufhebung der Garantiefunktion des Indossaments), oder wenigstens erklären, nur dem Erwerber, also dem Indossatar, persönlich haften zu wollen (durch den Zusatz: „nicht an Order", WO. Art. 15; sog. Rektaindossament, Aufhebung der Transportfunktion des Indossaments). Eine als Indossament (zB. weil unter einer Bedingung abgegeben) ungültige Übertragungserklärung kann kraft Konversion (III, 457) als Cession wirksam sein.

δ. Anweisungen: Schriftliche Erklärung unter Aushändigung der Anweisung, BGB. § 792.

ε. Vinkulierte Namensaktien, d. h. auf Namen lautende Aktien, die gemäß HGB. § 180 Abs. 3 (altes HGB. Art. 207a) auf einen geringeren als den Normalmindestbetrag von 1000 Mk. gestellt werden dürfen, weil ihre Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist: gerichtlich oder notariell beglaubigte, die Person des Erwerbers bezeichnende Erklärung (also keine Blankocession, Anm. 9), unter Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung (HGB. § 222, altes HGB. Art. 220, 183).

ζ. Geschäftsguthaben eines Genossen: Schriftlichkeit (RG. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 — Neufassung vom 20. Mai 1898 — § 76).

η. Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung: gerichtlich oder notariell geschlossener Vertrag (RG. vom 20. April 1892 § 15).

[9]) Blankocession ist eine Abtretungserklärung ohne Angabe des Namens des Erwerbers. Ihre praktische Bedeutung besteht darin, daß die Forderung von dem ersten Cessionar aus ohne weitere Ab-

Digitized by Google

2. Forderungsübergang kraft gerichtlicher Überweisung (cessio necessaria).

Durch den Richter herbeigeführt wird der Forderungsübergang im Zwangsvollstreckungsverfahren.[10]) Hat A. gegen B. einen vollstreckbaren Schuldtitel, so kann er sich nicht nur an B.'s körperliche Sachen, sondern auch an seine ausstehenden Forderungen halten. Hierbei überweist der

---

tretungserklärung durch viele Hände gehen kann. Der Inhaber, der die Forderung geltend machen will, rückt seinen Namen in die in der Abtretungserklärung befindliche Lücke ein und hat dann eine auf seinen Namen lautende Abtretungserklärung. Abgesehen von dem Blankoindossament bei indossabelen Papieren (WO. Art. 12, 13, 36, HGB. § 365, bisher Art. 305) war die Blankocession nach bisherigem Recht ausdrücklich anerkannt in § 55 des PrEEG. vom 1. Mai 1872 für die Abtretung von Grundschulden. Im Übrigen war ihre Zulässigkeit bestritten.

Das BGB. enthält keine Vorschriften über die Blankocession, insbesondere auch nicht für den Grundschuldbrief. Ihre Zulässigkeit hinsichtlich der in das Grundbuch eingetragenen Rechte ist streitig.

Festzuhalten ist, daß in Inhaberpapieren verkörperte Forderungen wie bewegliche Sachen behandelt, also nicht abgetreten, sondern durch bloße Übergabe des Papiers übertragen werden. Dies gilt auch für die durch das BGB. § 1195 eingeführte Inhabergrundschuld.

[10]) Von **cessio necessaria** spricht man allerdings nicht nur im Sinne einer von dem Richter herbeigeführten Zwangsübertragung, sondern auch im Sinne von „erzwingbarer Abtretung". Hat A. dem B. gegenüber auf Grund eines **pactum de cedendo** oder kraft Gesetzes (zB. auf Grund eines Kommissionsverhältnisses, HGB. § 392, bisher Art. 368) ein Recht auf Abtretung gewisser Forderungen (vgl. unten S. 312), so kann A. gegen B. auf Abgabe der Abtretungserklärung klagen. Diese Erklärung gilt dann gemäß CPO. § 894 (bisher § 779) als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Es handelt sich hierbei aber nicht um einen auf richterlicher Überweisung beruhenden Forderungsübergang, sondern um eine nach den Grundsätzen der cessio voluntaria zu beurteilende Abtretung, bei der der Richter nicht (konstitutiv) eine Forderung überträgt, sondern nur (deklaratorisch) ausspricht, daß der Beklagte zur Übertragung der Forderung verpflichtet ist. Fehlte § 894 CPO., so müßte dieses Urteil wie jedes andere auf eine unvertretbare Leistung gehende Urteil durch Verhängung von Geldstrafen bis 1500 Mk. oder von Haft bis zu 6 Monaten (CPO. § 888, bisher § 774) vollstreckt werden. Zur Vereinfachung der Zwangsvollstreckung bestimmt jedoch § 894 eben, daß die Abtretungserklärung mit der Rechtskraft als abgegeben fingiert werde.

Digitized by Google

Richter dem Vollstreckungsgläubiger eine Forderung des Schuldners an einen Anderen (Drittschuldner). Das dabei einzuschlagende Verfahren ist in CPO. §§ 828 ff. (bisher §§ 729 ff.) geordnet.[11])

[11]) Hat zB. A. in Berlin gegen B. in Nauen einen Vollstreckungstitel über 3000 Mk. und will er seine Befriedigung aus zwei Darlehensforderungen des B. von je 1500 Mk. gegen C. in Breslau und D. in Stettin suchen, so stellt er unter Beifügung des (mit Vollstreckungsklausel versehenen und zugestellten, I, 344[10]) Schuldtitels bei dem Vollstreckungsgerichte, dem Amtsgericht Nauen (nämlich dem Amtsgerichte, bei dem der Schuldner, nicht etwa der Drittschuldner, seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, I, 354[6], CPO. § 828 bisher § 729) zunächst den Antrag auf Pfändung der Forderungen des B. gegen C. und D. In dem ergehenden Pfändungsbeschlusse verbietet der Richter den Drittschuldnern C. und D. (sog. Inhibitorium), an B. zu zahlen, und gebietet dem B. (sog. Arrestatorium), sich jeder Verfügung über die Forderungen, insbesondere deren Einziehung, zu enthalten (bei Strafe des Arrestbruchs, StrGB. § 137). Der vom Gläubiger beauftragte Gerichtsvollzieher (oder der darum ersuchte Gerichtsschreiber) stellt den Pfändungsbeschluß den Drittschuldnern C. und D. und dem Vollstreckungsschuldner B. zu. Mit der Zustellung an die Drittschuldner erwirbt A. ein Pfandrecht an B.'s Forderungen gegen C. und D. (CPO. § 829, bisher § 730). Da für die Vollstreckungspfandrechte der Grundsatz **prior tempore, potior jure** gilt (CPO. § 804, bisher § 709, Abs. 3), kann A., um sich vor anderen Gläubigern des B. einen Vorsprung zu sichern, eine Vorpfändung vornehmen, d. h. er kann auf Grund seines vollstreckbaren Titels — und zwar nach der neuen CPO., ohne daß er dessen Ausfertigung oder Zustellung abzuwarten braucht — an C. und D. durch den Gerichtsvollzieher eine private Benachrichtigung zustellen lassen, daß die gerichtliche Pfändung bevorstehe. Erfolgt diese innerhalb von drei Wochen, so hat die Vorpfändung die Wirkung eines Arrests, welcher dem A. ein Vorrecht gewährt und spätere Verfügungen des Schuldners wirkungslos macht (CPO. § 845, bisher § 744).

Mit der Pfändung erlangt A. jedoch nur ein Pfandrecht an den gepfändeten Forderungen des B. gegen C. und D. Damit er über sie aber verfügen kann, bedarf es noch eines weiteren Schrittes: der Richter muß die gepfändeten Forderungen dem Gläubiger „überweisen". Diese auf Antrag des A. („Überweisungsantrag") erfolgende Überweisung kann nach A.'s Wahl in doppelter Form erfolgen: entweder „zur Einziehung" („in vim assignationis", d. h. erfüllungshalber) oder „an Zahlungsstatt" („in vim cessionis", d. h. an Erfüllungsstatt, oben S. 254[5]). Nur in letzterem Falle liegt ein wirklicher Forderungs-

Digitized by Google

3. Forderungsübergang kraft Gesetzes (cessio legis).

Savigny und Puchta stellten die Regel auf, daß in allen Fällen, in denen jemand verpflichtet ist, eine von ihm erworbene Forderung auf einen Anderen zu übertragen,

---

übergang vor, mit der Wirkung, daß A., soweit B.'s Forderungen an C. und D. zu Recht bestehen, für seine Forderung gegen B. selbst dann als befriedigt gilt, wenn C. und D. zahlungsunfähig sind. Die Überweisung an Zahlungsstatt ist in der Praxis höchst selten, weil der Gläubiger eben sein Geld verliert, wenn der überwiesene Drittschuldner zahlungsunfähig ist. Bei der Überweisung zur Einziehung dagegen hat der Gläubiger nur die Stellung eines **procurator in rem suam**. Erlangt er von C. und D. keine Befriedigung oder glaubt er durch Inanspruchnahme anderer Vermögensstücke des C. schneller zu seinem Gelde zu kommen, so kann er, unbeschadet seines Anspruchs, auf die durch Pfändung und Überweisung erworbenen Rechte verzichten (CPO. §§ 835, 843, bisher §§ 736, 742).

Auch der Überweisungsbeschluß wird, abweichend von dem bisherigen Recht (alte CPO. § 736 Abs. 3), nach der neuen CPO. (§ 835 Abs. 3) erst mit der Zustellung an den Drittschuldner rechtswirksam. In der Praxis kommt übrigens ein besonderer Überweisungsbeschluß höchst selten vor. Gewöhnlich wird vielmehr die Pfändung und die Überweisung zusammen beantragt und in einem Beschlusse („Pfändungs- und Überweisungsbeschluß") angeordnet. Nur wenn eine Pfändung auf Grund eines Arrests erfolgt, ist eine gleichzeitige Überweisung unmöglich, da der Arrest seiner Natur nach nur eine Sicherung, nicht die Befriedigung herbeiführen soll. Hier ist also auf Grund des Arrestbeschlusses zunächst nur eine Pfändung möglich, der die Überweisung erst folgen kann, wenn für die Arrestforderung ein vollstreckbares Urteil vorliegt.

Zur Herbeiführung der Übereinstimmung mit dem BGB. ist in der neuen CPO. §§ 830, 837 die Pfändung und Überweisung von Forderungen, die durch Hypothek gesichert sind, neugeordnet. Wie die Abtretung (oben S. 307[8]), so gilt auch die Pfändung einer Briefhypothek erst mit der Besitzerlangung des (dem Schuldner durch den Gerichtsvollzieher nötigenfalls wegzunehmenden) Hypothekenbriefs durch den Gläubiger, die einer Buchhypothek erst mit der Eintragung der Pfändung in das Grundbuch als bewirkt. Dem Drittschuldner persönlich (aber nicht den übrigen Gläubigern des Vollstreckungsschuldners) gegenüber gilt die Pfändung allerdings schon mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses als vollzogen. Die Überweisung einer durch Hypothek gesicherten Forderung zur Einziehung und bei einer Briefhypothek auch die Überweisung an Zahlungsstatt vollzieht

Digitized by Google

zB. weil er als mittelbarer Stellvertreter für ihn gehandelt oder sich zu der Forderungsübertragung durch einen Vorvertrag (pactum de cedendo)[12]) verbunden hat, diese Forderung als kraft Gesetzes übergegangen anzusehen sei. Diese Regel ist, wie heute allseitig anerkannt wird, unrichtig und jedenfalls in das BGB. nicht aufgenommen. Will ein zu einer Abtretung Verpflichteter diese nicht erklären, so muß er, wie S. 309[10]) dargelegt, darauf verklagt werden. Nur in einzelnen Fällen[13]) tritt auch nach Reichs-

---

sich schon durch die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger. Nur zur Überweisung einer Buchhypothek an Zahlungsstatt ist die Eintragung der Überweisung in das Grundbuch erforderlich. Die Pfändung und Überweisung von Zinsrückständen oder sonstigen Nebenleistungen (BGB. § 1159) vollzieht sich nach den allgemeinen Vorschriften.

Die Vorschriften der CPO. sind den Pr. Gesetzen vom 4. Juli 1822 und 20. März 1854 nachgebildet.

[12]) In den meisten Fällen fällt das **pactum de cedendo**, d. h. der (obligatorische) Vertrag, durch den sich jemand zur Abtretung einer Forderung verpflichtet, mit dem (dinglichen) Abtretungsvertrage, durch den sich der Forderungsübergang vollzieht, zeitlich zusammen, zB. in dem für den Verkehr wichtigsten Fall eines Forderungsverkaufs. Aber beide Rechtsvorgänge können auch zeitlich auseinanderfallen, zB. wenn die Verpflichtung zur Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangen ist, und auch bei zeitlichem Zusammenfalle sind, um mit dem ALR. zu sprechen (II, 527[8]), der **titulus cessionis** (nämlich das **pactum de cedendo**) und der **modus cessionis** (der Abtretungsvertrag) streng auseinander zu halten.

[13]) Solche Fälle einer **cessio legis** nach Reichsrecht sind:

a. Nach ALR. I, 16 § 46 tritt jeder, der die Schuld eines Anderen erfüllt, kraft Gesetzes an die Stelle des befriedigten Gläubigers. Im BGB. ist dieser Grundsatz nicht allgemein (vgl. zB. §§ 255, 281, oben S. 109), sondern nur in einzelnen Anwendungen anerkannt, so in den §§: 268 Abs. 3, 1249 (**jus offerendi**, oben S. 81); 426 Abs. 2 („Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über"); 774 („Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über"; diese Vorschrift tritt an die Stelle des gemeinrechtlichen **beneficium cedendarum actionum**); 1143, 1225 (Haftet der Eigentümer des Pfandgrundstücks oder der

Digitized by Google

recht ein Forderungsübergang kraft Gesetzes ein, und für diese Fälle schreibt BGB. § 412 die entsprechende Anwendung der für die freiwillige Abtretung gegebenen Vorschriften vor, mit Ausnahme der §§ 405 und 411, unten S. 335 und S. 333[10], die eine rechtsgeschäftliche Abtretung voraussetzen.

Verpfänder einer beweglichen Sache nicht persönlich für die Forderung, so geht diese auf ihn über, soweit er den Gläubiger befriedigt); 1607 Abs. 2 (Ist der zunächst unterhaltspflichtige Verwandte im Inlande nicht oder nur schwer belangbar, so trifft die Unterhaltspflicht den nächst ihm haftenden Verwandten; soweit dieser Unterhalt gewährt, geht auf ihn der Unterhaltsanspruch gegen den zuerst haftenden Verwandten über); 1709 Abs. 2 (Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Erzeuger geht auf die Mutter oder deren Verwandten über, soweit diese den Unterhalt gewährt haben). In allen diesen Fällen kann der Übergang nicht zum Nachteile des ursprünglichen Gläubigers geltend gemacht werden. Ist also zB. nur eine Teilforderung übergegangen, so geht der Gläubiger hinsichtlich seiner Restforderung (zB. bei der Befriedigung aus einem für die Forderung bestellten Pfande) dem Drittzahler vor.

β. Aus dem HGB. gehören hierher die neuen §§ 25 ff. (Führt der Erwerber eines Handelsgeschäfts mit Einwilligung des bisherigen Inhabers oder seiner Erben die bisherige Firma fort, so gelten die im Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, S. 351[9]); ferner §§ 411, 441 (bisher Art. 382[4], 410: Sind bei einem Transporte mehrere Spediteure oder Frachtführer beteiligt, so geht auf den Nachmann, der einen Vormann befriedigt, dessen Forderung nebst dem Pfandrecht über); 804 (bisher Art. 808: Der Seeversicherer tritt, soweit er einen Schaden vergütet hat, dessen Erstattung der Versicherte von einem Dritten zu fordern befugt ist, in die Rechte des Versicherten gegen den Dritten ein). Dagegen ist von einer cessio legis nicht die Rede in den Fällen der §§ 61, 113 (bisher Art. 56, 59, 97), wonach ein Handlungsgehülfe (nach bisherigem HGB. auch ein Prokurist und ein zum Betrieb eines ganzen Handelsgeschäfts bestellter Handlungsbevollmächtigter) sowie ein Gesellschafter die unbefugter Weise für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für den Prinzipal und die offene Handelsgesellschaft eingegangen gelten lassen muß. Denn hierbei treten Prinzipal und Gesellschaft dem Schuldner gegenüber nicht an die Stelle des bisherigen Gläubigers; vielmehr betreffen diese Vorschriften nur das Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen und zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

γ. Nach den sozialpolitischen Gesetzen (III, 185) gehen auf die darin genannten Anstalten (Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Versicherungsanstalten) Ansprüche des Unterstützten gegen Dritte in

Digitized by Google

§ 102. Übertragbarkeit der Forderungen.

Für das moderne Gemeine Recht,[1]) das ALR. (I, 11

Höhe der gemachten Leistung kraft Gesetzes über; vgl. Krankenkassengesetz vom 15. Juni 1883 (10. April 1892) § 57, Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 §§ 8, 98, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 § 39.

δ. Nach § 62 des RG. über den Unterstützungswohnsitz vom 12. März 1894 (6. Juni 1870) gehen die Ansprüche, die ein Hülfsbedürftiger gegen einen Anderen auf Unterhalt hat, kraft Gesetzes auf den Armenverband, der ihn unterstützt hat, in Höhe des Geleisteten über.

[1]) Zweifel erregten u. a. folgende Fälle:

α. Zweiseitige Verträge.

Auch bei ihnen ist die Übertragung der Forderung jedes Teils grundsätzlich zulässig. Nur kann bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner dem neuen Gläubiger (Cessionar) die exceptio non und non rite adimpleti contractus ebenso entgegensetzen, wie dem bisherigen Gläubiger (Cedenten), und die Abtretung ist thatsächlich unmöglich, wenn der Erwerber die dem Cedenten obliegenden Pflichten nicht in gleichwertiger Weise erfüllen kann (ERG. 13, 11). Wenn also A. von B. ein Pferd für 1000 Mk. kauft, kann A. seine Forderung auf Übergabe an C., B. seine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises an D. cedieren. C. kann aber das Pferd von B., wenn Zug um Zug-Leistung vereinbart war, nur gegen Zahlung der 1000 Mk., D. von A. die 1000 Mk. nur unter Übergabe des Pferdes verlangen.

Besondere Vorschriften gelten für die Abtretung von Rechten aus einem Grundstückserwerbsgeschäft, aus dem Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren und aus einem Mietverhältnisse.

α. Nach BGB. § 313 bedarf der (obligatorische) Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (S. 202[6]). Da die ratio legis ist, die Grundstücksspekulation durch das Formerfordernis zu erschweren, so ist diese Form auch für die Abtretung des Anspruchs auf Übertragung eines Grundstücks zu verlangen. Denn es handelt sich hierbei in Wahrheit um einen Weiterverkauf des erkauften, aber noch nicht aufgelassenen und daher auch noch nicht in das Eigentum des Käufers übergegangenen Grundstücks. Auf diesem Standpunkte steht zB. auch das Pr. Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895. Grundstücksveräußerungen unterliegen in Preußen einem Wertstempel (nach dem Werte berechneten Stempel) von 1%, Abtretungen einem Wertstempel von nur $^1/_{50}$%. Nach Tarifnummer 32 werden nun Übertragungen der Rechte der Erwerber aus Veräußerungsgeschäften über unbewegliche Sachen wie Veräußerungen der Sache selbst behandelt; die Abtretungserklärung wird also wie ein Kaufvertrag mit 1% versteuert.

Digitized by Google

§ 382) und das BGB. (§ 398, S. 303) gilt die grundsätzliche Übertragbarkeit aller, auch der bedingten und be-

---

b. Nach § 81 des RZwangsversteig.Ges. vom 24. März 1897 (vgl. ebenso § 83 des Pr. Zwangsversteig.Ges. vom 13. Juni 1883) kann der Meistbietende bis zu dem durch Beschluß (bisher durch Urteil) zu erteilenden Zuschlage das Recht aus dem Meistgebot an einen Anderen abtreten. Wird die Abtretung und die Übernahme im Versteigerungstermin oder nachträglich in öffentlich beglaubigten (III, 427) Urkunden erklärt, so ist der Zuschlag unmittelbar dem Übernehmer zu erteilen. Diese in Wahrheit ebenfalls eine Weiterveräußerung darstellende Abtretung der Rechte unterliegt trotzdem nach dem Pr. Stempelgesetz nur einem festen Stempel von 1,50 Mk., nicht dem Wertstempel von 1%. Doch ist eine Abtretung des Rechts aus dem Meistgebote nur bis zur Erteilung des Zuschlags zulässig. Durch diesen wird der Ersteher Eigentümer (Zwvg. § 90) und kann nunmehr das Grundstück nur durch Auflassung weiter übertragen.

c. Der Vermieter kann die Mietzinsforderung sowohl für die fälligen als für die zukünftigen Beträge einem Anderen abtreten. Nur ist die Abtretung des für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Abtretung laufende und das folgende Vierteljahr geschuldeten Mietzinses dem Erwerber sowie den Hypothekengläubigern (§ 1124) eines vermieteten Grundstücks gegenüber unwirksam (BGB. § 574, ebenso EEG. § 31). Ferner tritt nach BGB. § 571 der Erwerber eines vermieteten Grundstücks auch ohne ausdrückliche Abtretung in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein.

Der Mieter dagegen (BGB. § 549, ähnlich ALR. I, 21 §§ 309 ff.) ist ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Anderen zu überlassen (sog. Aftervermietung); er kann jedoch bei grundlos verweigerter Erlaubnis mit der gesetzlichen Frist kündigen.

β. Accessorische Rechte.

Sie sind abtretbar, soweit sie mit einem gewissen Zeitpunkt oder beim Eintritt eines gewissen Ereignisses selbständig werden können, wie Zinsen (S. 38) und Vertragsstrafen (S. 226), dagegen unabtretbar, wenn ihre Abhängigkeit von der Hauptforderung unlöslich ist, wie Bürgschaft (ERG. 15, 278), Pfand, kaufmännisches Retentionsrecht (unten S. 328[4]), Vorzugsrechte im Konkurs oder bei der Zwangsvollstreckung (vgl. noch BGB. § 401, unten S. 328), das Recht auf Freigepäck.

Für die Übertragung eines Pfandrechts und die Änderung des Rangverhältnisses unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, gilt insbesondere:

Digitized by Google

fristeten Forderungen.[8]) Die Unübertragbarkeit einer Forderung ist eine entweder auf Rechtsgeschäft oder auf

a. Nach BGB. § 1153 Abs. 2 kann die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden (ebenso EEG. § 52). Nach § 1250 kann ebenso das an einer beweglichen Sache bestellte Pfandrecht nicht ohne die Forderung übertragen werden und erlischt, wenn bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen wird.

b. Nach BGB. § 880 kann das Rangverhältnis unter mehreren Grundstücksbelastungen (der II. oder III. Abteilung) nachträglich geändert werden (sog. Prioritätscession). Hierbei hat das BGB. in Entscheidung der bisherigen Zweifel die sog. absolute Theorie angenommen, wonach die vortretende Post, soweit dies ohne Änderung der Rechte der Zwischenposten möglich ist, wirklich die Stelle der zurücktretenden einnimmt und die Prioritätscession nicht nur (wie die Anhänger der relativen Theorie behaupten) die Bedeutung hat, daß die vortretende Post im Falle der Zwangsvollstreckung den auf die zurücktretende entfallenden Teil des Erlöses erhält. Der praktische Unterschied zwischen den beiden Theorieen zeigt sich zunächst im Falle der Löschung der zurücktretenden Post. Nach der relativen Theorie rücken die Zwischenposten vor, so daß die Prioritätscession hinfällig wird, nach der absoluten behält die vortretende Post die ihr eingeräumte Priorität (so BGB. § 880 Abs. 4). Ferner ist bei der Feststellung des geringsten Gebots (I, 352[3]) im Zwangsversteigerungsverfahren nach der relativen Theorie die zurücktretende, nach der absoluten die vortretende Post in das geringste Gebot aufzunehmen (so ausdrücklich ein als authentische Interpretation zu § 54 des Pr. Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 ergangenes Gesetz vom 30. Mai 1893).

γ. Pflichtteil.

BGB. § 2317 bestimmt in Entscheidung einer berühmten Kontroverse: Der Anspruch auf den Pflichtteil ist vererblich und übertragbar. Über seine Pfändbarkeit vgl. S. 321[7].

[8]) Nach BGB. § 413 finden die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte, so vor allem der Urheber- und Erfinderrechte (III, 217), der Reukuxe (II, 627), des Rechts aus einer Mutung (II, 619) entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Besonders geordnet ist die Übertragung der dinglichen Rechte, worüber im Sachenrecht zu sprechen ist. Dagegen sind für die Abtretung der aus dinglichen Rechten erwachsenden Ansprüche (zB. der rei vindicatio, l. 9 C. 4, 39) die Vorschriften über die Abtretung der Forderungsrechte anwendbar. Durch die Abtretung eines dinglichen Anspruchs wird der Cessionar natürlich nicht Eigentümer der dem Anspruch unterliegenden Sache, denn dazu gehört Auflassung oder Übergabe. Nur wenn ein Dritter im Besitz einer

Digitized by Google

behördlicher Anordnung oder unmittelbar auf Gesetz beruhende Ausnahme.[3])

a. Unübertragbarkeit kraft Rechtsgeschäfts.

Nach BGB. § 399 kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Der Schuldner kann auf diese Weise sein Interesse zur Geltung bringen, nur mit dem Gläubiger, dem er sich verpflichtet hat, im Schuldverhältnisse zu stehen. Dadurch ist ein Gegengewicht gegen die Gefahren und Unbequemlichkeiten geschaffen, die dem Schuldner aus dem nach modernem Rechte von seinem Willen unabhängigen Eintritt eines neuen Gläubigers drohen. Gemeinrechtlich war es streitig, ob ein pactum de non cedendo nur eine persönliche Verpflichtung des Gläubigers begründet, deren Übertretung ihn zwar schadensersatzpflichtig macht, den Erwerb der Forderung durch den Cessionar aber nicht hindert, oder ob die Abtretung selbst unwirksam ist, so daß der Schuldner die Unzulässigkeit der Veräußerung auch dem Cessionar entgegenstellen kann. Das BGB. hat die letztere („dingliche") Wirkung des pactum de non cedendo angenommen[4]) und entzieht in § 405 dem Schuldner die

---

beweglichen Sache ist, kann nach BGB. § 931 die Übergabe „dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt."

Ebenso finden nach CPO. § 857 (bisher § 754) die Vorschriften über die richterliche Überweisung von Forderungen entsprechende Anwendung auf die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind.

[3]) Ist eine Forderung unübertragbar, so kann an ihr weder ein Nießbrauch (BGB. § 1069 Abs. 2), noch ein Pfandrecht (§ 1274 Abs. 2) bestellt werden. Dagegen kann regelmäßig die Ausübung einer an sich nicht übertragbaren Forderung übertragen werden (unten S. 319[6]).

Ist eine Forderung nicht übertragbar, so ist sie ferner nach CPO. § 851 auch nicht pfändbar, ebenso wie umgekehrt (unten S. 320[7]) eine unpfändbare Forderung nicht abtretbar ist (unten S. 320).

[4]) Da nach CPO. § 851 eine Forderung nur insoweit der Pfändung unterworfen ist, als sie übertragbar ist, so wäre die

Digitized by Google

Einrede der Unübertragbarkeit dem Cessionar gegenüber nur dann, wenn er über die Schuld eine Urkunde ausgestellt hat (unten S. 335), es sei denn (die Beweislast hat der Schuldner, S. 145[12]), daß der neue Gläubiger bei der Abtretung die Vereinbarung der Unübertragbarkeit kannte oder kennen mußte.

Solche Vereinbarungen sind sehr häufig, zB. bei Versicherungsverträgen, Abonnements, Rundreise- und Rückfahrkarten,[b]) Freibillets („nicht übertragbar", „nur für die Person gültig"). Auch die Rechte aus den Depotscheinen der Reichsbank sind unübertragbar. Über das Rektaindossament („nicht an Order") vgl. oben S. 308[8].

b. Unübertragbarkeit kraft behördlicher Verfügung.

Ein behördliches Veräußerungsverbot (BGB. § 136, III, 448) kann auch eine Forderung betreffen, vgl. zB. CPO.

Pfändung aller Forderungen ausgeschlossen, bezüglich deren die Unabtretbarkeit vereinbart ist, und der Gläubiger könnte durch **pacta de non cedendo** seine Forderungen dem Zugriffe seiner Gläubiger entziehen. Um dies zu vermeiden, bestimmt der neue § 851 Abs. 2 CPO.: „Eine nach § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist."

Nach BGB. § 137 (III, 449) hat der rechtsgeschäftliche Ausschluß der Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht keine dingliche Wirkung. Hierin liegt anscheinend ein Widerspruch zu der eben erörterten dinglichen Wirkung des **pactum de non cedendo**. In Wahrheit aber wird durch eine gemäß § 399 zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossene Vereinbarung die betroffene Forderung zu einem unveräußerlichen Recht und fällt daher nicht unter § 137.

[b]) In Folge des Vermerks „nicht übertragbar" (aber nur dadurch, BGB. §§ 807, 796) steht das Recht der Rückbeförderung nicht dem Inhaber, sondern nur demjenigen zu, der auf den Fahrschein die Hinfahrt angetreten hat. Wer also eine von einem Anderen zur Hinfahrt benutzte Fahrkarte zur Rückfahrt benutzt, muß, wenn dies festgestellt wird, nicht nur den Fahrpreis entrichten, sondern macht sich auch wegen Betruges strafbar, wenn die Voraussetzungen des § 263 StrGB. vorliegen, insbesondere, wenn er sich oder dem Anderen durch den Erwerb der Rückfahrkarte einen rechtswidrigen Vermögensvorteil hat verschaffen wollen.

Digitized by Google

§§ 829 (bisher 730, Arrestatorium bei Forderungspfändung, S. 310[11]), 935, 940 (bisher 814, 819, einstweilige Verfügung), KO. § 106 (bisher § 98, allgemeines Veräußerungsverbot). Eine dagegen vorgenommene Abtretung ist gemäß BGB. § 136 nicht absolut, sondern nur relativ nichtig, nämlich nur den Personen (Gläubigern, Konkursgläubigern) gegenüber unwirksam, zu deren Schutze das Veräußerungsverbot erging.

c. Unübertragbarkeit kraft Gesetzes.

1. Nach BGB. § 399 kann eine Forderung nicht abgetreten werden, „wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann." Ob eine Forderung durch den Übergang an einen anderen Gläubiger eine Veränderung ihres Inhalts erleidet, läßt sich nur nach dem einzelnen Falle beurteilen. Für einzelne Forderungen hat das BGB. zur Vermeidung von Zweifeln ausdrückliche Bestimmungen gegeben.[6]) Jedenfalls ist eine Forderung

[6]) Hierbei ist zuweilen eine Forderung nur der Substanz, nicht aber der Ausübung nach oder nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte für unübertragbar erklärt; vgl. BGB. §§ 38 (die Mitgliedschaft in einem Verein ist nicht übertragbar, auch nicht deren Ausübung); 514, 1098 (das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar); 613, 664 (der Anspruch auf Dienste sowie auf Ausführung eines Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar, vgl. auch §§ 27 Abs. 3, 86, 713, 2218); 717 („Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt"); 847, 1300 (Der Anspruch auf Schmerzensgeld, S. 68, und wegen Defloration, S. 68, ist erst übertragbar, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist); 1059 („Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden"); 1092 („Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar. Die Ausübung einer Dienstbarkeit kann einem Anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist"); 1408, 1427, 1585, 1442 (Das Recht des Ehemanns am

Digitized by Google

dann unübertragbar, wenn sie ein jus personalissimum, d. h. für die Bedürfnisse gerade des bestimmten Gläubigers geschaffen ist (vgl. ALR. Einl. § 99). Daher waren nach rR. die actiones vindictam spirantes (I, 276 [9]) und sind nach modernem Rechte die Ansprüche auf die Buße (S. 67) und auf Unterhalt nicht abtretbar.

2. Nach BGB. § 400 kann eine Forderung nicht abgetreten (oder aufgerechnet § 394, oben S. 282) werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist.[7]) Wann

---

eingebrachten Gute der Frau, sein Anspruch gegen die Frau auf einen Beitrag aus ihrem Vermögen zur Bestreitung des ehelichen Aufwands und zum Unterhalt eines gemeinschaftlichen Kindes, sowie der Anteil eines Ehegatten am Gesammtgute sind unübertragbar); 1623 (Der Anspruch der Tochter auf die Aussteuer ist nicht übertragbar); 1658 („Das Recht, das dem Vater kraft seiner Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht, ist nicht übertragbar").

[7]) Umgekehrt ist nach dem bei der Neufassung der CPO. neu aufgenommenen § 851 eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Für die meisten der in Anm. 8 aufgeführten Fälle war schon im bisherigen Rechte vorgeschrieben, daß die bezeichneten Forderungen weder abtretbar noch pfändbar sind. Soweit jedoch nur die Unpfändbarkeit vorgeschrieben war, wie für die in § 749 der alten CPO. (jetzt § 850) aufgeführten Forderungen, war es streitig, ob daraus ohne Weiteres auch die Unzulässigkeit einer freiwilligen Abtretung gefolgert werden müßte. Für das bisherige Recht ist dies zu verneinen, sofern die Bestimmung der Unpfändbarkeit nicht darauf beruht, daß die Forderung von der Person des Berechtigten nicht getrennt werden soll, weil sie zur Erhaltung seines wirtschaftlichen Daseins erforderlich ist. Dann beruht aber die Unübertragbarkeit nicht auf der Unpfändbarkeit, sondern auf der im öffentlichen Interesse verbotenen Loslösung der Forderung von der Person des Berechtigten, also auf der Natur dieser Forderung (ERG. 4, 142). Nach dem bisherigen Rechte war also zwar jede unübertragbare Forderung unpfändbar, aber nicht jede unpfändbare Forderung auch unübertragbar. So wurde insbesondere der Pflichtteil von Vielen für unpfändbar, wohl aber für übertragbar erklärt.

Nach dem neuen Rechte (BGB. § 400, CPO. § 851) decken sich dagegen Unpfändbarkeit und Unübertragbarkeit. Immerhin ist dies nur die Regel:

α. Ausnahmsweise sind unübertragbare Forderungen pfändbar: nämlich die in BGB. § 399 für unübertragbar erklärten (CPO. § 851 Abs. 2, oben S. 318[4]); vgl. noch CPO. § 857 Abs. 3

Digitized by Google

eine Forderung unpfändbar ist, ergiebt sich aus der CPO.[8]) und anderen Gesetzen.[9])

(Pfändbarkeit unveräußerlicher Rechte, insoweit deren Ausübung einem Anderen überlassen werden kann).

β. Ausnahmsweise sind umgekehrt übertragbare Forderungen unpfändbar: nämlich der Pflichtteilsanspruch und der dem verarmten Schenker nach § 528 BGB. zustehende Anspruch auf Herausgabe des Geschenks (CPO. § 852). Diese Ansprüche sind der Pfändung erst unterworfen, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind. Wegen der persönlichen Natur dieser Ansprüche soll es dem Berechtigten freistehen, ob er sie überhaupt geltend machen will. Erst wenn er dies kundgethan, sollen auch seine Gläubiger sich daran halten können.

[8]) Unpfändbar sind nach CPO. § 850 (bisher § 749):

1. Der Arbeits- und Dienstlohn nach den Bestimmungen des RG. vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns (Lohnarrestgesetz), dessen § 1 bestimmt: „Die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar usw.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, darf, sofern dieses Verhältnis die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat." Pfändbar ist also der Lohn nur, wenn er verdient, fällig, nicht eingefordert ist. Das Gesetz findet jedoch keine Anwendung:

α. Auf das Gehalt der öffentlichen Beamten (hierfür gelten besondere Vorschriften, s. u.);

β. auf die Beitreibung der direkten Steuern und Kommunalabgaben;

γ. auf die Beitreibung des Unterhaltsbeitrags, welcher den Verwandten, dem Ehegatten und dem früheren Ehegatten für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr kraft Gesetzes zu entrichten ist. Für solche Unterhaltsbeiträge kann also auch zukünftiger Lohn gepfändet werden. Dies ist die Fassung eines Abänderungsgesetzes vom 29. März 1897. Das Gesetz vom 21. Juni 1869 § 4[3] sprach nur von den „auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentationsansprüchen der Familienglieder." Daher wurde der geschiedenen Ehefrau und den Enkelkindern die unbeschränkte Pfändbarkeit des Lohns von der Praxis nicht zugestanden, was nunmehr geändert ist. Eine weitere bedeutsame Änderung des Ergänzungsgesetzes vom 29. März 1897 (wodurch auch § 749 Abs. 4 der alten CPO. die aus § 850 Abs. 4

Digitized by Google

3. Nach HGB. § 664 (altes HGB., Art. 665) kann der Reisende das Recht auf die Überfahrt, wenn er in

---

ersichtliche Neufassung erhielt) war, daß die Unpfändbarkeit noch nicht verdienten Lohns auch zu Gunsten der Alimentationsforderung des unehelichen Kindes beseitigt wurde. Bis dahin unterlag der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes den gleichen Pfändungsbeschränkungen, wie der Anspruch jedes anderen Gläubigers, so daß er einem Erzeuger gegenüber, der „von der Hand in den Mund lebt", nie durchzuführen war.

δ. Endlich fällt das dem Schuldner durch das Lohnarrestgesetz gewährte privilegium exigendi fort, insoweit der Gesamtbetrag der Vergütung die Summe von 1500 Mk. für das Jahr übersteigt. Diese Fassung hat § 4[4] des Lohnarrestgesetzes durch Art. III des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze betr. Änderungen der CPO. (Civilprozeßnovelle) vom 17. Mai 1898 erhalten. Diese Fassung weist gegenüber dem ursprünglichen § 4[4] des Lohnarrestgesetzes zwei wichtige Änderungen auf. Nach dem Lohnarrestgesetze war einerseits schon die Vergütung über 1200 Mk. jährlich unbeschränkt pfändbar. Andererseits war die unbeschränkte Pfändbarkeit hinsichtlich des Übermaßes nur betreffs solcher Arbeiter gewährt, die in einem dauernden, d. h. auf mindestens ein Jahr oder unter Vereinbarung einer mindestens dreimonatigen Kündigungsfrist geschlossenen Dienstverhältnisse standen. Die Erhöhung des unpfändbaren Einkommens von 1200 auf 1500 Mk. erfolgte schon durch § 749 Abs. 3 der bisherigen CPO. Neu ist jedoch in Art. III des Einführungsgesetzes zur CPO.-Novelle, daß das 1500 Mk. übersteigende Einkommen auch dann pfändbar ist, wenn der Schuldner nicht dauernd angestellt ist.

2. Der Pfändung nicht unterworfen sind ferner nach CPO. § 850 (bisher § 749) die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Unterhaltsforderungen, ferner die fortlaufenden, vom Schuldner aus Stiftungen usw. bezogenen, zu seinem und seiner Familie notdürftigen Unterhalt erforderlichen Einkünfte, die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen zu beziehenden Hebungen, Sold und Pension der Unteroffiziere und Soldaten, das Diensteinkommen der zu einem mobilen Truppenteil oder in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuge gehörenden Militärpersonen.

Die Pensionen der Witwen, Waisen und invaliden Arbeiter, ferner das Diensteinkommen und die Pension sowie das Sterbe- und Gnadengehalt der Offiziere, Beamten, Geistlichen, der Ärzte und Lehrer an öffentlichen Anstalten sind nur mit $^1/_3$ des 1500 Mk. jährlich übersteigenden Betrags pfändbar. Erhält ein Staatsbeamter also jährlich 4500 Mk. Gehalt, so sind nur 1000 Mk. jährlich pfändbar (vgl. CPO. §§ 832, 833, sog. Gehaltsabzugsverfahren), während bei Privatbeamten 3000 Mk. pfändbar sind. Zu Gunsten der Unterhaltsforderungen der Verwandten, des jetzigen und geschiedenen Ehegatten und seit dem oben erwähnten RG. vom

Digitized by Google

dem Überfahrtsvertrage genannt ist, an einen Anderen nicht abtreten.

Einige ehemalige Fälle verbotener Abtretung sind durch das bisherige und das neue Reichsrecht beseitigt.[10])

---

29. März 1897 auch der unehelichen Kinder fällt diese Pfändungsbeschränkung auf $^1/_3$ des 1500 Mk. übersteigenden Jahresbetrags fort, insoweit es sich um Unterhalt für die Zeit nach Erhebung der Klage und das vorhergehende Vierteljahr handelt (CPO. § 850 Abs. 4). Immerhin sind die unehelichen Kinder auch noch nach der neuen CPO. schlechter gestellt, als die ehelichen Verwandten; denn der Schuldner kann von den ersteren, nicht aber von den ehelichen Verwandten die Freilassung desjenigen Betrages verlangen, den er zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts und zur Erfüllung der ihm seinen Verwandten, seiner Ehefrau oder seiner früheren Ehefrau gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht bedarf.

Nur beschränkt pfändbar, nämlich nur hinsichtlich des 1500 Mk. jährlich übersteigenden Betrages, ist ferner die auf Grund des § 843 BGB. wegen Körperverletzung zu entrichtende Rente. Auch dieses **privilegium exigendi** steht dem Schuldner jedoch gegenüber Alimentationsansprüchen in dem vorstehend erörterten Umfange nicht zu (CPO. § 850 Abs. 3 und 4).

[9]) Reichsgesetzliche Pfändungsverbote finden sich zB. außer in der CPO.: im Reichsbeamtengesetze vom 31. März 1873 § 6, Reichsmilitärgesetze vom 2. Mai 1874 § 45, RG. über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 § 10 und in den sozialpolitischen Gesetzen (Krankenkassengesetz § 56, Unfallversicherungsgesetz § 68, Alters- und Invaliditätsversichgg. § 40). In allen diesen Fällen ist auch die Abtretung und Verpfändung ausdrücklich ausgeschlossen. Nach § 5 des RG. vom 20. Mai 1898 betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen (oben S. 59[5]) ist der Entschädigungsanspruch bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag weder übertragbar noch pfändbar.

Nach EGBGB. Art. 80, 81 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die Übertragbarkeit der Ansprüche der Beamten, Geistlichen und öffentlichen Lehrer beschränken; vgl. zB. Pr. Pensionsgesetz vom 27. März 1872 § 26.

[10]) Dazu gehören folgende Fälle:

a. Unübertragbarkeit einer im Streit befangenen Forderung.

Das von Justinian in l. 5 C. 8, 36 erlassene Verbot der Abtretung einer actio litigiosa ist, wie I, 278[14] dargelegt, schon vom ALR. nicht übernommen worden und durch CPO. § 265 (bisher § 236) reichsrechtlich beseitigt.

Digitized by Google

§ 103. Wirkungen des Forderungsübergangs.

Bei Feststellung der Wirkungen eines durch Rechtsgeschäft, richterliche Überweisung oder unmittelbar durch Gesetz herbeigeführten Forderungsübergangs sind die Be-

---

β. Verbot der cessio ad potentiorem.

Nach rR. (l. 2 C. 2, 13) war bei Strafe der Befreiung des Schuldners die Abtretung einer Forderung an einen **potentior**, d. h. einen in einflußreicherer sozialer Stellung als der bisherige Gläubiger Stehenden verboten. In Anwendung dieses Gedankens untersagte § 79 des Reichsabschieds von 1551 und Titel 20 § 4 der Reichspolizeiordnung von 1577 die Abtretung der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen. Diese Vorschrift war deshalb erforderlich, weil ohne sie das Verbot des Zinsennehmens unter Christen (II, 489) leicht hätte umgangen werden können.

Das BGB. kennt kein Verbot einer **cessio ad potentiorem**, das Verbot der Reichsgesetze betreffs der Juden ist schon durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 3. Juli 1869 (II, 448[6]) beseitigt. Das ALR. hat zwar kein Verbot der **cessio ad potentiorem** aufgenommen (I, 11 § 411), die gleiche Idee liegt aber dem § 385, I, 11 zu Grunde, wonach Richter und Justizkommissarien (aber nicht die heutigen Rechtsanwälte, die keine Beamte mehr sind, I, 203[6]) „streitige Rechte, deren Erörterung vor den Gerichtshof, bei dem sie angestellt sind, gehören würde, nicht an sich lösen" können. Auch diese Vorschriften, welche von der Praxis übrigens auf die nur Rechtsfragen prüfenden Mitglieder des Revisionsgerichts (Obertribunal, heute Reichsgericht) nicht angewandt wurden, sind in das BGB. nicht übergegangen.

γ. Verbot der Abtretung von Forderungen gegen den Mündel an den Vormund.

Nach Nov. 72 c. 5 darf der Gläubiger einer Forderung gegen einen Mündel sie bei Strafe ihres Verlusts nicht an dessen gegenwärtigen oder ehemaligen Vormund abtreten. Diese Vorschrift ist weder in das ALR., noch in die Pr. Vormundschaftsordn. vom 5. Juli 1875, noch in das BGB. übergegangen. Der Vormund kann also Forderungen gegen den Mündel erwerben. Nur muß, wenn er sie geltend macht, dem Mündel zur Wahrnehmung seiner Rechte im Prozeß ein Pfleger bestellt werden (BGB. § 1909), da der Vormund, wenn er als Kläger auftritt, natürlich nicht gleichzeitig den von ihm beklagten Mündel vertreten kann (III, 517).

Nicht übergegangen ist in das BGB. die in § 40 Abs. 2 der Pr. Vormundschaftsordn. enthaltene Vorschrift, daß der Vormund eine auf seinem Grundstücke haftende Hypothek oder Grundschuld für den Mündel nicht erwerben darf.

Aus l. 7 D. 44, 7 („**Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate ejus est filius**") wird von

Digitized by Google

ziehungen der drei hierbei beteiligten Parteien: des bisherigen Gläubigers (Cedenten, Vollstreckungsschuldners bei der Forderungsüberweisung), des neuen Gläubigers (Cessionars, Vollstreckungsgläubigers bei der Forderungsüberweisung) und des Schuldners (des debitor cessus, Drittschuldners bei der Forderungsüberweisung) zu erörtern.

a. Verhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger.

1. Zeitpunkt des Forderungsübergangs.

α. Mit der rechtsgültig vollzogenen Abtretung geht die Forderung sowohl nach Gemeinem Recht als nach ALR. und BGB. aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars über. Es bedarf hierzu weder der Kenntnis der Abtretung seitens des debitor cessus, noch seiner Benachrichtigung (Denuntiation). Diese beiden Umstände sind für die Thatsache des Forderungsübergangs, also für die Regelung der Beziehungen zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, nach allen Rechten unerheblich[1]) und

---

Manchen die Unzulässigkeit von Cessionen zwischen Vater und Hauskind gefolgert. Dieser Rechtssatz beruht auf der **unitas personarum** der durch die Hausgewalt verbundenen Personen. Er ist aber — bei der selbständigen Vermögensfähigkeit des Hauskinds nach modernem Rechte (II, 695, III, 514[9]) — schon für das Gemeine Recht bedeutungslos und jedenfalls weder in das ALR. noch in das BGB. übergegangen.

[1]) Windscheid (die **actio**, vgl. oben S. 303) vertrat die Ansicht, daß der Übergang der Forderung nicht schon mit der Abtretung vor sich gehe, sondern daß hierzu ein Besitzergreifungsakt des Cessionars erforderlich sei, nämlich die Denuntiation, die daher auch nur von diesem, nicht vom Cedenten, ausgehen könne. In seinen Pandekten stellte er (besonders wegen l. 3 C. 8, 41, oben S. 302) die Ansicht auf, daß zwar schon die Übertragung den Cessionar zum Gläubiger mache, daneben (also als Korrealgläubiger) aber auch noch der bisherige Gläubiger das Verfügungsrecht über die abgetretene Forderung bis zur Benachrichtigung des Schuldners durch den Cessionar behalte. In neuerer Zeit ist aber im Gemeinen Recht (ebenso auch das Reichsgericht in ERG. 4, 111) die im Texte vertretene Ansicht herrschend, wonach der Forderungsübergang mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags eintritt und die Denuntiation nur die Rechtsstellung des Schuldners dem Cedenten und Cessionar gegenüber beeinflußt. Hierüber ist unten S. 331 zu sprechen.

Digitized by Google

nur für die Rechtsstellung des debitor cessus von Bedeutung (unten S. 331). Schon von der Abtretung an können daher die Gläubiger des Cedenten sich an die Forderung nicht mehr halten, und sie gehört bei einer nach der Abtretung erfolgenden Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Cedenten nicht mehr zur Konkursmasse. Pfändet ein Gläubiger des Cedenten die abgetretene Forderung nach der Abtretung, so kann der Cessionar nach CPO. § 771 (bisher § 690) als nunmehriger Gläubiger der Forderung „intervenieren" (I, 199[1], III, 382[5]). Leistet der Schuldner trotz der Abtretung an den Cedenten, wodurch er unter Umständen befreit wird (unten S. 331), so muß der Cedent das Empfangene dem Cessionar herausgeben (l. 23 § 1 D. 18, 4, BGB. § 812).

β. Im Fall einer richterlichen Überweisung (d. h. an Zahlungsstatt, die Überweisung zur Einziehung bewirkt keinen Forderungsübergang, sondern gewährt nur eine Einziehungsbefugnis, oben S. 310[11]), erwarb nach der bisherigen CPO. der Vollstreckungsgläubiger die überwiesene Forderung mit Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an ihn. Dagegen gilt nach der neuen CPO. § 835 Abs. 3 die Überweisung (entsprechend der Pfändung, § 829 Abs. 3) erst mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner als bewirkt.

γ. Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden gemäß BGB. § 412 die für die Abtretung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Als Zeitpunkt des Übergangs ist hiernach das Eintreten der den Übergang herbeiführenden Thatsachen anzusehen, auch hier ohne Rücksicht auf Benachrichtigung oder anderweit erlangte Kenntnis des Schuldners.

2. Mitübergang der Neben- und Vorzugsrechte.

Die Forderung geht auf den neuen Gläubiger in dem Zustand über, in dem sie sich bei dem bisherigen Gläubiger befand (anders bei der Übertragung durch Indossament, oben S. 308[8]). Das bedeutet:

Digitized by Google

α. Mit der Forderung gehen mangels anderweiter Abmachung (vgl. zB. BGB. § 1250 Abs. 2) die **Nebenrechte** über. In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte bestimmt BGB. § 401 Abs. 1: „Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.“ [2]) Nach § 1251 kann der neue Gläubiger auch die Herausgabe der für die Forderung bestellten Faustpfänder verlangen; [3]) Pfandgläubiger ist er aber schon von der Abtretung an (§ 1250, ebenso § 1153 für Hypotheken).

Hinsichtlich anderer Nebenrechte fehlt eine ausdrückliche Bestimmung im BGB. Es ist hierbei also der Wille

---

[2]) Dies gilt auch für die richterliche Überweisung und den kraft Gesetzes eintretenden Übergang. Dagegen schrieb ALR. I, 16 §§ 47 ff. für den Hauptfall einer **cessio legis** nach ALR. (oben S. 312[13]), nämlich die Zahlung durch einen Dritten, vor, daß dieser durch die Zahlung nur die Forderung selbst, dagegen deren Vorrechte und Nebenrechte, insbesondere aus Pfand und Bürgschaft, nur durch ausdrückliche Abtretung erwerben solle. Nur der zahlende Bürge (I, 14 § 338) und der eine Kapitalzahlung leistende Nießbraucher (I, 21 § 79) erwerben ohne Weiteres auch die Vorrechte der bezahlten Forderung.

[3]) Nach § 1251 Abs. 2 tritt der neue Gläubiger mit der Erlangung des Besitzes an die Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen, besonders auf unversehrte Rückgabe des Pfandes bei Zahlung der Forderung, ein; der bisherige Gläubiger haftet für die Erfüllung dieser Pflichten wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Unterschlägt der Cessionar also das ihm übergebene Faustpfand, so muß der Cedent dem Verpfänder dafür aufkommen. Befürchtet der Cedent dies, dann muß er bei der Cession sich den Besitz vorbehalten oder Sicherheitsleistung fordern. Da BGB. § 1251 gemäß CPO. § 836 (bisher § 737) auch im Falle der Zwangsüberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt anwendbar ist, hierbei der Vollstreckungsschuldner (also der Gläubiger der überwiesenen Forderung) sich aber nicht durch Abrede mit dem Gläubiger sichern kann, so bestimmt der neu in die CPO. eingefügte § 838: „Wird eine durch ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache gesicherte Forderung überwiesen, so kann der Schuldner die Herausgabe des Pfandes an den Gläubiger verweigern, bis ihm Sicherheit für die Haftung geleistet wird, die für ihn aus einer Verletzung der dem Gläubiger dem Verpfänder gegenüber obliegenden Verpflichtungen entstehen kann.“

Digitized by Google

der Beteiligten und die Art des Nebenrechts entscheidend. Zukünftige Zinsen und das Recht auf eine noch nicht verfallene Vertragsstrafe werden regelmäßig als mitübertragen angesehen werden müssen.[4])

β. Vorzugsrechte, die sich aus der Art der Forderung ergeben (privilegia causae, so zB. eine längere Verjährung), gehen von selbst auf den Erwerber über, nicht aber Bevorzugungen, die dem bisherigen Gläubiger aus einem in seiner Person liegenden Grunde zugestanden hätten, wenn er die Forderung selbst geltend gemacht hätte (privilegia personae), also nicht zB. das verliehene Armenrecht oder die Gebührenfreiheit einer fiskalischen Forderung (III, 177[4]); denn der Cessionar klagt heute nicht mehr als procurator des Cedenten, sondern aus eigenem Recht. Ob Konkurs- und Zwangsvollstreckungsvorzüge (privilegia exigendi) auf den neuen Gläubiger übergehen, ist nach Gemeinem Rechte (wegen l. 42 D. 26, 7) streitig. BGB. 401 Abs. 2 bestimmt daher ausdrücklich: „Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen."

3. Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet:

α. dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern (BGB. § 402). Dies gilt gemäß § 412 auch für die cessio legis und nach § 836 Abs. 3 (bisher § 737 Abs. 2) CPO. auch für die Forderungsüberweisung; in letzterem Falle kann

---

[4]) Das kaufmännische Retentionsrecht (S. 168) geht jedenfalls nicht ohne ausdrückliche Abtretung unter Übergabe der zurückgehaltenen Sachen auf den Erwerber der dadurch gesicherten Forderung über. Es ist aber streitig, ob es überhaupt übertragen werden kann.

Ausdrücklich ausgeschlossen ist in BGB. § 1190 Abs. 4 der Übergang einer Maximalhypothek (Sicherheitshypothek unter Eintragung eines Höchstbetrags, zB. zur Sicherung der aus einem Kontokurrentverhältnis erwachsenden Forderungen).

Digitized by Google

die Herausgabe vom Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden;

β. dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen; die Kosten[5]) hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen (BGB. § 403). Über die Bedeutung der Ausstellung einer Abtretungsurkunde vgl. unten S. 334.

4. Haftung des bisherigen Gläubigers.

Aus der für den Forderungskauf gegebenen l. 4 D. 18, 4 („Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit: locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit") wurde früher der allgemeine Grundsatz hergeleitet, daß der Cedent für Verität (nomen verum esse), aber nicht für Bonität (nomen bonum esse) einstehe, abgesehen von Dolus und Übernahme einer Garantie. Heute ist man sich einig darüber, daß die Frage nach dem Umfange der Haftung des Cedenten sich nur nach der causa cessionis beurteilen läßt.[6])

Das BGB. hat einen allgemeinen Grundsatz nicht aufgestellt. Der Verkäufer (und sonstige entgeltliche Veräußerer, § 445) einer Forderung haftet nach BGB. §§ 437, 438 für Verität („für den rechtlichen Bestand") aber nur bei besonderer Übernahme der Haftung auch für Bonität

---

[5]) Dagegen trägt bei der Abtretung einer Hypothek (§ 1154) der Cedent die Kosten der Beglaubigung. Nach Pr. EEG. § 56 tragen Cedent und Cessionar im Zweifel je die Hälfte der Abtretungskosten, erfolgt die Abtretung aber auf Veranlassung des Eigentümers, so trägt dieser die Kosten.

[6]) Dagegen enthält ALR. I, 11 §§ 420 ff. allgemeine Vorschriften:

α. Für Richtigkeit und Rechtsgültigkeit haftet der Cedent, es sei denn, daß die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten oder dem Cedenten ausdrücklich die Gewährleistung erlassen ist.

β. Auch für die Sicherheit der abgetretenen Forderung wird grundsätzlich gehaftet, außer bei Hypothekenforderungen, bei Abtretung einer Forderung unter dem Nennwert oder als zweifelhaft, bei ausdrücklichem Erlasse der Gewährleistung und bei versäumter Einziehung.

Digitized by Google

(„für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners“) und zwar hierbei im Zweifel auch nur für Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung. Der Schenker haftet grundsätzlich (vgl. jedoch § 523 Abs. 2) nicht einmal für Verität, dagegen selbst für Bonität der Verkaufskommissionär, wenn das Einstehen (Delkredere) für die Verbindlichkeit von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist (HGB. § 394, bisher Art. 370). Eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der gesetzlichen Haftung (Garantievertrag) ist zulässig, eine Beschränkung dagegen nur bis auf den Ausschluß der Arglist (BGB. § 443, pactum ne dolus praestetur, S. 119).

Soweit hiernach der Cedent dem Cessionar haftet, beschränkt sich seine Haftung nicht, wie nach ALR. I, 11 §§ 424, 425, auf die gezahlte Valuta, sondern sie umfaßt das ganze Interesse des Cessionars (ERG. 8, 107).

Während nach WO. Art. 49 der Wechselinhaber sich in der Regel (vgl. jedoch oben S. 308[8]) an jeden beliebigen Vormann halten kann (Sprungregreß, regressus per saltum), ist bei der Cession jeder Cedent nur seinem unmittelbaren Cessionar gegenüber verhaftet (Staffelregreß, regressus per gradum).

Unterläßt der neue Gläubiger die Beitreibung der Forderung, trotzdem er dazu berechtigt ist, so kann er für den in Folge einer eintretenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eintretenden Schaden sich auf eine kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts bestehende Haftung des Cedenten für Bonität nicht berufen. Klagt er die Forderung gegen

---

[7]) Bei der Forderungsüberweisung haftet der Schuldner für Verität. Denn nach § 835 Abs. 2 (bisher § 736) CPO. geht bei der Überweisung an Zahlungsstatt die Forderung auf den Vollstreckungsgläubiger mit der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist. Soweit die Forderung also nicht besteht, kann der Gläubiger ein anderes Vermögensstück des Schuldners angreifen. Für Bonität haftet der Schuldner dagegen nicht (S. 311[11]). Bei cessio legis haftet der bisherige Gläubiger überhaupt nicht, auch nicht für Verität.

Digitized by Google

den Schuldner ein, so wird er dem Cedenten den Streit verkünden, um ihm bei einem etwaigen späteren Regreßprozesse die exceptio mali processus abzuschneiden (I, 199).

b. Verhältnis des Schuldners zum Cedenten und zum Cessionar.

1. Wirksamwerden der Abtretung gegenüber dem Schuldner.

Wie S. 325 dargelegt, ist für die Beziehungen des bisherigen und des neuen Gläubigers allein der Augenblick der Abtretung entscheidend. Die Anwendung dieses Grundsatzes auch auf die Regelung des Verhältnisses des Schuldners zum Cedenten und Cessionar würde für den Schuldner unbillig sein. Denn da er sich nur durch die Leistung an den wahren Gläubiger befreit (S. 256), wahrer Gläubiger nach der Abtretung aber der Cessionar ist, so könnte der Schuldner, wenn die eingangs gedachte Regel auch ihm gegenüber Geltung hätte, nie mit Sicherheit an den ihm bekannten Gläubiger leisten. Denn es könnte später ein Cessionar auftauchen, der nachwiese, daß die Forderung zur Zeit der Leistung ihm abgetreten gewesen sei. Es ist daher, um den Rechtsverkehr nicht gänzlicher Unsicherheit zu überliefern, ein anderer Umstand, als die bloße Abtretung, der Regelung der Beziehungen des Schuldners zum Cedenten und Cessionar zu Grunde zu legen. Dieser Umstand ist nach der im Gemeinen Recht herrschenden Meinung und nach ALR. I, 11 §§ 413 ff. die Benachrichtigung (Denuntiation) des Schuldners von der Abtretung[8]) durch einen der beiden Beteiligten,[9]) während

[8]) Nur für den Erbschaftskauf war nach l. 17 D. 2, 15 schon nach rR. die Benachrichtigung der Erbschaftsschuldner nicht notwendig: schon von ihrer Kenntnis des Verkaufs an konnten sie mit dem Verkäufer nicht mehr rechtswirksam verhandeln.

[9]) Wie S. 325[1] erwähnt, hält Windscheid von seiner Anschauung aus, daß der Cessionar erst mit der Denuntiation von der Forderung gewissermaßen Besitz ergreife, die Denuntiation seitens des Cedenten für unwirksam. Das ALR. I, 11 §§ 415 ff. ließ auch eine Bekanntmachung durch den Cessionar zu; jedoch mußte dieser die Richtigkeit seiner Behauptung des Erwerbs der Forderung

Digitized by Google

das BGB. (einer von Bähr schon für das Gemeine Recht verteidigten Ansicht folgend) grundsätzlich die irgendwie erlangte sichere Kenntnis des Schuldners von dem Forderungsübergange für genügend erklärt und nur gewisse Rechtswirkungen erst von der Benachrichtigung abhängig macht.

Nach BGB. sind bei der Abtretung drei Entwickelungsstufen zu unterscheiden:

α. Der Schuldner hat von der Abtretung keine Kenntnis.

BGB. § 407 Abs. 1 bestimmt: „Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn (beweispflichtig der Cessionar, S. 145[12]), daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt." Hat der debitor cessus also nach der Abtretung dem Cedenten Zahlung geleistet oder mit ihm einen Vergleich oder einen Erlaßvertrag geschlossen, so kann er sich dem Cessionar gegenüber auf diese Rechtshandlungen berufen, wenn der Cessionar ihm nicht nachweist, daß er bei ihrer Vornahme mala fide war, d. h. von der Abtretung glaubhaft Kenntnis hatte. Der bisherige Gläubiger ist also dem gutgläubigen Schuldner gegenüber wie ein Gläubiger legitimiert, trotzdem nach der Abtretung nicht mehr er, sondern der Cessionar Gläubiger ist. Ein vorsichtiger Cessionar wird daher den Schuldner stets von der Abtretung sofort in Kenntnis setzen. Nach BGB. § 407 Abs. 2 muß der Cessionar auch ein rechtskräftiges Urteil gegen sich gelten lassen, das in einem nach der Abtretung zwischen dem Cedenten und dem Schuldner anhängig gewordenen Rechtsstreit ergangen ist, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung beim

binnen drei Tagen nachweisen, so zB. durch Vorlegung der umgeschriebenen Schuldurkunde.

Digitized by Google

Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat. Solange der Prozeß noch nicht rechtskräftig entschieden ist, kann der Cessionar durch Erhebung einer Hauptintervention (CPO. § 64, bisher § 61, I, 199[1]) die Verurteilung des Schuldners zur Zahlung an den Cedenten hindern.

β. Der Schuldner erhält sichere Kenntnis von der Abtretung, aber nicht durch Anzeige des bisherigen Gläubigers. Dann darf er sich nicht mehr mit dem Cedenten einlassen. Wird er von diesem verklagt, so muß er ihm den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegen setzen, wenn er die Abtretuug schon zur Zeit der Rechtshängigkeit kannte. Denn dann schützt ihn BGB. § 407 Abs. 2 nicht. Er kann aber andererseits auch noch nach erlangter Kenntnis von der Abtretung mit Sicherheit nicht an den Cessionar leisten. Denn ist die Abtretung nicht wirksam, so muß er noch einmal an den Cedenten leisten. Ein vorsichtiger Schuldner wird also, wenn er von der Abtretung Kenntnis, aber noch keine „offizielle Anzeige" erhalten hat, hinterlegen (S. 265). Die nicht durch einen Beteiligten erlangte Kenntnis von der Abtretung hat also nur die negative Bedeutung, daß der Schuldner nicht mehr mit dem Cedenten verhandeln, ihm kündigen oder leisten kann, nicht aber die positive,[10]) daß er den Cessionar als Gläubiger behandeln darf und muß.[11])

---

[10]) Nur in einem Falle kommt es auch nach BGB. allein auf die Benachrichtigung an. § 411 bestimmt: „Tritt eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Teil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehalts ab, so ist die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen. Bis zur Benachrichtigung gilt die Abtretung als der Kasse nicht bekannt." Diese Ausnahme ist im Interesse einer geordneten Kassenführung geschaffen.

[11]) Deswegen bestimmt der neue § 94 CPO.: „Macht der Kläger einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend, ohne daß er vor der Erhebung der Klage dem Beklagten den Übergang mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen hat, so fallen ihm die Prozeßkosten insoweit zur Last, als sie dadurch entstanden sind,

Digitized by Google

γ. Erst durch eine Anzeige an den Schuldner erhält der Cessionar diesem gegenüber die Stellung des alleinigen Gläubigers. Es genügt hierzu eine mündliche Anzeige des bisherigen Gläubigers. Verhandelt daraufhin der Schuldner mit dem in der Anzeige bezeichneten neuen Gläubiger, so muß der Cedent die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam (zB. simuliert) ist, und er kann sie nur mit Zustimmung des als neuen Gläubiger Bezeichneten zurücknehmen (BGB. § 409). Vorausgesetzt ist natürlich, daß die Anzeige wirklich vom Gläubiger herrührt und daß er verfügungsberechtigt war.

Der Schuldner kann also auf eine solche mündliche Anzeige des Cedenten hin dem Cessionar leisten. Er ist hierzu aber nicht verpflichtet. Vielmehr braucht er nach § 410 Abs. 2 erst dann an den Cessionar zu leisten und von ihm eine Kündigung oder Mahnung entgegenzunehmen, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat.

Der schriftlichen Anzeige des bisherigen Gläubigers steht es gleich, wenn der Cessionar eine auf ihn lautende (unausgefüllte Blankocession genügt also nicht), vom Cedenten ausgestellte Abtretungsurkunde dem Schuldner vorlegt.

2. Einwendungen des Schuldners.

Die Rechtslage des Schuldners darf durch die ohne seine Mitwirkung erfolgte Übertragung nicht verschlechtert werden. Wie die Forderung grundsätzlich mit allen ihren Vorzügen auf den neuen Gläubiger übergeht, so kann dieser sie auch nur mit den ihr anhaftenden Mängeln erwerben. BGB. § 404 bestimmt daher im Einklang mit dem bisherigen Rechte: „Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.“ [12])

daß der Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch zu bestreiten.“

[12]) „Begründet“ bedeutet: ihrem Rechtsgrunde nach vor-

Digitized by Google

Die Regel des § 404 erleidet jedoch eine doppelte Reihe von Ausnahmen:

α. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger gewisse dem Cedenten gegenüber begründete Einwendungen nicht entgegensetzen.

a. Dies trifft zunächst zu bei Einwendungen, die auf rein persönlichen Beziehungen des Schuldners gegenüber dem bisherigen Gläubiger beruhen, zB. wenn dieser sich verpflichtet hat, solange er selbst die Forderung inne hat, statt der in der Schuldurkunde bedungenen 5% nur 4% Zinsen zu fordern.[18])

b. Ferner kann in einem dem neuen Gläubiger gegenüber erklärten Anerkenntnisse (BGB. § 781) ein Verzicht des Schuldners auf alle oder gewisse Einwendungen gefunden werden. Dies ist aber Sache der Auslegung. Eine dahin gehende gesetzliche Vermutung (wie ALR. I, 11 § 412) hat das BGB. nicht aufgenommen.

c. Nach BGB. § 405 ist der Erwerber einer verbrieften Forderung besonders geschützt (wenn auch in geringerem Maße als der „papiermäßig" erwerbende Indossatar eines Orderpapiers, S. 308[5]). Ein Schuldner, der eine Urkunde über die Schuld ausgestellt hat, kann dem bona fide-Cessionar gegenüber nämlich weder einwenden, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuld-

---

handen, wenn auch noch nicht wirksam. Der Schuldner kann sich daher auch auf eine nach der Abtretung eingetretene, aber schon vorher begründete auflösende Bedingung berufen.

Der Schuldner kann Einwendungen gegen die Forderung nicht nur aus dem Rechtsverhältnisse zu dem ursprünglichen und dem gegenwärtigen Gläubiger, sondern auch aus den Beziehungen zu den Zwischencessionaren herleiten. Dies gilt nach BGB. (anders aber ALR. I, 16 §§ 313 ff.) auch für Gegenforderungen gegen Zwischencessionare. Auch diese kann der Schuldner dem einfordernden Gläubiger entgegenstellen.

[18]) Der für das Gemeine Recht bestehende Streit, ob das dem Cedenten gegenüber begründete beneficium competentiae dem Cessionar entgegensteht, ist durch die Beseitigung dieses Rechtsinstituts im BGB. erledigt (S. 159).

Digitized by Google

verhältnisses nur zum Schein erfolgt, noch daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei. Der Einwand der Simulation oder eines pactum de non cedendo (S. 317) wirkt nur dem Cessionar gegenüber, dem der Schuldner beweist, daß er die Forderung in Kenntnis oder verschuldeter Nichtkenntnis des Sachverhalts erwarb (§ 405 a. E.: „es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte").[14])

b. Endlich sind die Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Cessionar einer im Grundbuch eingetragenen Forderung wegen der publica fides des Grundbuchs sehr beschränkt. Hierüber ist im Sachenrechte zu sprechen.[15])

β. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger gewisse Einwendungen entgegensetzen, trotzdem sie zur Zeit der Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber nicht begründet waren.

---

[14]) Mit dem hier behandelten Einwande, daß die Forderung simuliert ist, ist der andere nicht zu verwechseln, daß die Abtretung simuliert ist. Diesen Einwand kann der Schuldner nach BGB. stets machen. Denn ist die Abtretung ein Scheingeschäft, also nichtig (BGB. § 117), so fehlt es an der Aktivlegitimation des einfordernden Gläubigers. Die bisherige Praxis forderte ein besonderes Interesse des Schuldners. Festzuhalten ist hierbei jedoch, daß lediglich der Übereignungswille des Gläubigers, nicht der von ihm verfolgte Zweck, für die Rechtsbeständigkeit der Abtretung maßgebend ist (S. 305[6]) und daß insbesondere eine fiduziarische Abtretung eine wahre, keine simulierte Abtretung ist (III, 385).

[15]) Nach den §§ 1155 ff. kann der Grundstückseigentümer der dinglichen (auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichteten) Klage des Cessionars nur solche Einreden entgegensetzen, die dieser beim Erwerbe der Hypothek kannte oder die sich aus dem Grundbuche (bei Briefhypotheken auch aus dem Hypothekenbriefe) ergeben. Die §§ 406—408 finden keine Anwendung, der Cessionar braucht also auch eine nach der Abtretung von dem hiervon keine Kenntnis habenden Schuldner an den Cedenten bewirkte Leistung (wohl aber eine Kündigung, § 1156 Satz 2) nicht gegen sich gelten zu lassen. Auf Nebenleistungen (§ 1158) und Sicherheitshypotheken (§ 1185) findet diese Beschränkung der zulässigen Einwendungen keine Anwendung.

Digitized by Google

a. Das trifft zunächst selbstverständlich für Einwendungen (Leistung, Erlaß, Verjährung, Gegenforderung) zu, die auf neuen, nach der Abtretung entstandenen Rechtsbeziehungen zwischen dem debitor cessus und dem Cessionar beruhen.

b. Ferner ist in mehreren Richtungen nicht schon die Abtretung, sondern erst die Kenntnis davon entscheidend, so für die Aufrechnung (BGB. § 406, oben S. 277) und für die Verhandlungen des Schuldners mit dem bisherigen Gläubiger (§§ 407 ff., oben S. 332).[16])

3. Mehrfache Forderungsübertragung.

Mit dem Forderungsübergange tritt, wie S. 325

[16]) Keinen Eingang in das BGB. hat die sog. **Lex Anastasiana** gefunden. Durch ein Gesetz von 506 (l. 22 C. 4, 35) bestimmte Kaiser Anastasius, um wucherlichen Forderungskäufen entgegenzuarbeiten, daß der Käufer einer Forderung (und sein Cessionar) nur den Kaufpreis (also die Cessionsvaluta), nicht den Nominalwert solle geltend machen dürfen: „**ita tamen, ut, si quis datis pecuniis hujus modi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur.**“ Auf den nicht durch Kauf herbeigeführten Forderungserwerb, zB. bei Schenkung, Hingabe an Zahlungsstatt, Auseinandersetzung unter Miterben, fand die **lex Anastasiana** keine Anwendung, natürlich aber auf in **fraudem legis** gerichtete Umgehungen, zB. Verkauf eines Teils der Forderung unter Schenkung des Restes (l. 23 C. 4, 35).

Die Vorschrift ist in das Gemeine Recht übergegangen. Hier ist streitig, ob der Schuldner nur zu beweisen hat, daß ein Kaufgeschäft vorliegt und der klagende Cessionar dann den Preis nachweisen muß, für den er die Forderung erworben hat (herrschende Meinung), oder ob der Schuldner auch den Erwerb unter **pari** und in welcher Höhe beweisen muß (Windscheid). Das BGB. hat, wie erwähnt, die **lex Anastasiana** nicht aufgenommen; ebensowenig das ALR. (vgl. jedoch den daran erinnernden § 425 I, 11, oben S. 330). Für die Abtretung einer aus einem Handelsgeschäfte hervorgegangenen Forderung ist die **lex Anastasiana** durch (altes) HGB. Art. 299, für die gemeinrechtlichen Teile Preußens durch ein PrG. vom 1. Februar 1864 ausdrücklich beseitigt.

Die Abtretung von Forderungen „mit Damno“, insbesondere von hoch auslaufenden Hypotheken und uneinziehbaren Forderungen ist ein alltägliches, besonders bei Ausschüttung der Masse in Konkursen übliches Geschäft (Versteigerung der uneinziehbaren Forderungen).

Digitized by Google

dargelegt, nach BGB. die Forderung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers heraus. Tritt dieser die bereits einmal an A. abgetretene Forderung noch einmal an B. ab, oder läßt sein Gläubiger Y. die dem Gläubiger X. bereits an Zahlungsstatt überwiesene Forderung sich überweisen, dann können B. und Y. nichts erworben haben, denn „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet“ (III, 84).

Nun ist dieser Satz allerdings im Sachenrechte mehrfach zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbs an körperlichen Sachen durchbrochen (II, 538, 577). Bezüglich der Forderungen ist jedoch eine solche Durchbrechung weder im bisherigen Rechte[17]), noch im BGB. anerkannt. Der jüngere Cessionar steht also dem älteren stets nach, selbst wenn der jüngere Cessionar den Schuldner von der Abtretung an ihn eher benachrichtigt, als der Schuldner von der früheren Abtretung Kenntnis erhält. Für den Schuldner entspringen aber bei mehrfacher Abtretung aus dem Satze, daß der Forderungsübergang sich mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags vollzieht, die S. 331 geschilderten Gefahren. Er muß (S. 334) dem ihm bezeichneten Erwerber leisten; andererseits befreit er sich nur durch Leistung an den wahren Gläubiger. Er müßte also mangels eines besonderen gesetzlichen Schutzes immer befürchten, daß nach der Erfüllung jemand auftauchte, der nachwiese, daß er die getilgte Forderung früher erworben habe, als der Leistungsempfänger. Der Schuldner könnte sonach nie mit Sicherheit leisten. Zum Schutze des gutgläubigen, d. h. von einem früheren Erwerbe nichts wissenden Gläubigers bestimmt daher BGB. § 408 die Anwendung des § 407 (oben S. 332). Der frühere Erwerber, also der wahre Empfangs-

[17]) Bestritten ist dies für das bisherige Recht für verbriefte Forderungen, insbesondere für Hypotheken, wenn der spätere, nicht der frühere Cessionar in den Besitz der Schuldurkunde gesetzt ist. Nach BGB. kann die Frage für Briefhypotheken nicht zweifelhaft sein, da die Wirksamkeit der Abtretung von der Übergabe des Hypothekenbriefs abhängt (§ 1154), die Hypothek ohne Übergabe des Briefs also noch nicht als erworben gilt.

Digitized by Google

berechtigte, muß hiernach die vom Schuldner in Unkenntnis der früheren Abtretung an den späteren Erwerber bewirkte Leistung und die sonstigen mit ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen. Natürlich kann aber der erste Erwerber (mit einer condictio sine causa, BGB. § 816 Abs. 2) gegen den Leistungsempfänger auf Herausgabe des Empfangenen klagen. Dagegen steht dem Schuldner selbst eine condictio indebiti gegen den Empfänger nicht zu; denn dieser war zwar nicht empfangsberechtigt, aber wie ein Gläubiger legitimiert, und der Schuldner ist durch die Leistung an ihn von seiner Schuld befreit.

„Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei" (§ 408 Abs. 2).

Fünfter Abschnitt.

Schuldübernahme. (BGB. §§ 414—419).

§ 104. Schuldübernahme.

a. Begriff.

Von Intercession spricht man, wenn ein bei einem bestehenden Schuldverhältnisse bisher Unbeteiligter (ein „Dritter" in der Sprechweise des BGB. §§ 414 ff.) als Schuldner in dieses eintritt, d. h. sich zu der dem bisherigen Schuldner obliegenden Leistung verpflichtet. Dies kann in zwei Formen geschehen. Entweder der Dritte verpflichtet sich dem Schuldner gegenüber, ihn von seiner Schuld zu befreien (Schuldbefreiungsvertrag, Erfüllungsübernahme, BGB. § 329, oben S. 219[3]). Dann tritt der Dritte zum Gläubiger überhaupt in keine unmittelbaren Beziehungen, der Gläubiger kann sich nur an seinen (bisherigen) Schuldner halten. Oder der Dritte verpflichtet sich unmittelbar dem Gläubiger gegenüber zur Erfüllung. Dann ist wieder eine doppelte

Digitized by Google

Gestaltung möglich: entweder der Schuldner bleibt weiter verhaftet (sog. kumulative Intercession, so im Falle der Bürgschaft und der Vermögensübernahme, unten S. 350), so daß der Gläubiger statt eines Schuldners nunmehr zwei Gesamtschuldner hat; oder der neue Schuldner tritt an die Stelle des frei werdenden bisherigen Schuldners (sog. privative Intercession).

Nur den zuletzt erwähnten Fall privativer Intercession versteht das BGB. unter dem Begriffe „Schuldübernahme". Es bestimmt in § 414: „Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt." [1])

b. Vollziehung.

Die Sondernachfolge in eine Forderung vollzieht sich ohne Mitwirkung des Schuldners. Dieser muß es sich nach der modernen Rechtsauffassung eben gefallen lassen, daß ihm ein neuer Gläubiger aufgedrängt wird; es wird unterstellt, daß es dem Schuldner, wenn er nicht bei

---

[1]) Die Schuldübernahme in dem eben gekennzeichneten Sinne ist ein Ergebnis der neuesten Rechtsentwickelung. (Delbrück: Die Übernahme fremder Schulden, 1853). Wenn die Zulassung einer Sondernachfolge in die Aktivseite des bestehen bleibenden Schuldverhältnisses, also in die Forderung, sich nur schwer durchgerungen hat, so hat die Sondernachfolge in die Passivseite, die Schuld, mit noch größeren Schwierigkeiten zu kämpfen gehabt, da die Persönlichkeit des Schuldners für die Kennzeichnung des Inhalts eines Schuldverhältnisses meist von größerer Bedeutung ist, als die des Gläubigers. Im rR. finden sich keinerlei Spuren einer wahren Schuldübernahme. Die Übernahme einer bestehenden Schuld konnte sich nur durch Novation (Expromission, passive Delegation, S. 248) vollziehen, deren Eigentümlichkeit aber eben gerade darin besteht, daß der Intercedierende nicht in das bisherige Schuldverhältnis eintritt, sondern daß an dessen Stelle ein ganz neues geschaffen wird (S. 248[5]).

Das ALR. behandelt die Schuldübernahme unter der Bezeichnung „Expromission" in den §§ 399 ff. I, 14. Erforderlich ist stets schriftlicher Vertrag und ausdrückliche, bei einem 150 Mk. übersteigenden Wert auch schriftliche Einwilligung des Gläubigers.

Digitized by Google

Begründung der Schuld deren Unübertragbarkeit ausbedingt (S. 317), gleichgültig ist, wem er leistet.

Auf die Sondernachfolge in die Schuld ist diese Erwägung unanwendbar. Der Gläubiger hat ein sehr lebhaftes Interesse daran, daß nicht an Stelle des leistungsfähigen ein leistungsunfähiger Schuldner tritt. Daher kann der Eintritt eines neuen Schuldners nie die Befreiung des bisherigen herbeiführen, wenn der Gläubiger hiermit nicht einverstanden ist. Dieses Einverständnis kann in doppelter Weise erklärt werden:

1. Der Gläubiger schließt (formlos) den Schuldübernahmevertrag unmittelbar mit dem Dritten, dem Übernehmer, ab. Dann liegt ein Vertrag zu Gunsten des frei werdenden Schuldners vor, und dieser ist nach den S. 218 dargelegten Grundsätzen befreit, ohne daß es seines Beitritts bedarf.

2. Der Schuldner schließt den Schuldübernahmevertrag mit dem Dritten ab. Dann wird dadurch das Recht des Gläubigers zunächst überhaupt nicht berührt. Denn dieser Vertrag läßt sich nicht, wie Manche für das frühere Recht annahmen, als Vertrag zu Gunsten des Gläubigers auffassen, weil die Absicht der Vertragsparteien nicht hierauf abzielt, sondern auf Befreiung des Schuldners, und weil ferner das Eintreten des neuen Schuldners dem Gläubiger nachteilig sein kann. Vielmehr handelt es sich um die Verfügung über ein fremdes Vermögensstück, die der Zustimmung des Berechtigten bedarf. Mit Recht spricht daher BGB. § 415 aus, daß die Wirksamkeit der von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbarten Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers abhängt.[2]) Bis diese erfolgt, ist weder der Dritte dem Gläubiger

[2]) Eine Ausnahme enthält BGB. § 571: „Wird das ververmietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein." Dieser Eintritt vollzieht sich ohne Mitwirkung des Mieters, trotzdem dieser doch hinsichtlich der Verpflichtungen des Vermieters aus dem Mietvertrag als Gläubiger anzusehen ist.

Digitized by Google

verpflichtet, noch der Schuldner von seiner Schuld frei, und die Parteien können den Vertrag ändern oder aufheben. Der Gläubiger kann die Genehmigung ferner aber auch nicht auf Grund zufällig erlangter Kenntnis, sondern erst dann erklären, wenn der Schuldner oder der Dritte ihm die Schuldübernahme mitteilt. Hierbei kann der Mitteilende dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung mit der Wirkung bestimmen, daß die Genehmigung als verweigert gilt, wenn sie nicht innerhalb der Frist erteilt wird.

α. Vom Abschlusse des Vertrags bis zu seiner Genehmigung durch den Gläubiger hat hiernach die zwischen dem Schuldner und dem Dritten vereinbarte Schuldübernahme dem Gläubiger gegenüber keine Wirkung. Dagegen gilt sie nach § 415 Abs. 3 BGB. im Zweifel als Erfüllungsübernahme (S. 339), d. h. der Übernehmer gilt dem Schuldner gegenüber für verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, dieser hat aber im Zweifel keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Übernehmer (BGB. § 329, oben S. 219[3]).

β. Verweigert der Gläubiger seine Genehmigung oder erklärt er sich innerhalb der ihm gestellten Präklusivfrist nicht, so gilt die Schuldübernahme ihm gegenüber als nicht erfolgt. Die Vereinbarung behält aber im Zweifel für das Verhältnis des Dritten zum Schuldner die Bedeutung einer Erfüllungsübernahme (§ 415 a. E.).

γ. Erklärt der Gläubiger rechtzeitig seine Genehmigung (ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, zB. durch Klageerhebung gegen den Dritten), dann treten die unten zu schildernden Wirkungen ein, und zwar gemäß BGB. § 184 vom Abschlusse der Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Dritten an.

c. Wirkungen.

Mit dem Wirksamwerden der Schuldübernahme tritt der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners. Das Schuldverhältnis bleibt im Übrigen grundsätzlich unverändert fortbestehen. Dieser Grundsatz erleidet jedoch gewisse Einschränkungen.

Digitized by Google

1. Einwendungen des Übernehmers.

a. Der Übernehmer kann dem Gläubiger zunächst natürlich die Einwendungen entgegenstellen, die ihm gegen den Gläubiger persönlich zustehen, zB. eine Gegenforderung oder den Einwand des Zwanges, Irrtums oder Betrugs bei Abschluß des Übernahmevertrags. Da es sich jedoch nicht — wie bei der Novation — um Neubegründung, sondern um Übernahme einer Schuld handelt, so kann der Übernehmer dem Gläubiger ferner auch die die Schuld betreffenden Einwendungen entgegensetzen, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben (§ 417 Satz 1). Dazu gehört zB. auch der Einwand, daß der bisherige Schuldner eine Gegenforderung aufgerechnet, also insoweit die Schuld getilgt habe. Nicht aber kann der Übernehmer eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung aufrechnen; denn hierzu fehlt es an dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit, und eine ausnahmsweise compensatio ex jure tertii, wie bei der Aufrechnung gegen den Cessionar (S. 277) ist hier nicht gegeben. § 417 Abs. 1 Satz 2 bestimmt vielmehr ausdrücklich die Unzulässigkeit einer derartigen Aufrechnung.

β. Der Übernahmevertrag — sowohl der unmittelbar mit dem Gläubiger als auch der unter seiner Genehmigung mit dem Schuldner geschlossene — ist ein abstrakter Vertrag, d. h. seine Wirkung, nämlich das Einrücken des neuen Schuldners an die Stelle des frei werdenden bisherigen, tritt, wie bei den übrigen auf abstrakte Veräußerung gerichteten „dinglichen Verträgen" (S. 176), ohne Rücksicht auf die die Übernahme veranlassenden Umstände und den damit verfolgten Zweck ein. Der Übernehmer kann daher aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu dem bisherigen Schuldner dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten (§ 417 Abs. 2). Wenn also zB. A. dem C. gegenüber eine Schuld des B. übernimmt, so kann er ihm nicht entgegenhalten, er habe mit B. vereinbart, die Übernahme solle erst nach Zahlung einer Provision von 1000 Mk. in Kraft treten, oder er

Digitized by Google

habe die Schuldübernahme in der irrigen Meinung erklärt, daß er dem B. einen gleich hohen Betrag schulde.[3])

2. Nebenrechte.

Durch die Schuldübernahme soll — abgesehen von dem Wechsel der Schuldner — eine unveränderte Fortsetzung des Schuldverhältnisses herbeigeführt werden. Dadurch unterscheidet sie sich ja gerade von der Novation. Dem würde entsprechen, daß die für die Forderung bestellten Sicherheiten weiter haften. Hierin läge jedoch eine Unbilligkeit gegenüber dem Pfandbesteller, sofern dieser nicht der Schuldner selbst ist, und dem Bürgen. Denn für diese Garanten der Schuld ist die Person des Schuldners, für den sie eingetreten sind, von entscheidender Bedeutung, und es kann ihnen nicht zugemutet werden, für die Schuld noch nach seinem Ausscheiden ohne Weiteres zu haften. Die Bürgschaften und Pfandrechte[4]) erlöschen daher, wenn der Bürge oder der Eigentümer der Pfandsache nicht in die Schuldübernahme einwilligen (§ 418 Abs. 1).

3. Konkursprivilegien.

Nach BGB. § 418 Abs. 2 kann ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht nicht im Konkurs über das Vermögen des Übernehmers geltend

---

[3]) Diese Beschränkung bezieht sich aber nur auf die Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, nicht auf die Einwendungen aus dem Abschlusse des abstrakten Schuldübernahmevertrags selbst. Die letzteren, die Wirksamkeit seines Schuldversprechens betreffenden Einreden, zB. mangelnde Geschäftsfähigkeit, Zwang, Irrtum, Betrug bei Abgabe der Übernahmeerklärung, kann der Übernehmer natürlich auch dem Gläubiger entgegensetzen.

[4]) Für grundbuchlich bestellte Pfänder (Hypotheken, Grund- und Rentenschulden) tritt nicht ein Erlöschen ein, wobei die späteren Eintragungen vorrücken würden, sondern die Post gelangt, wie wenn der Gläubiger darauf verzichtet hätte, in die Hand des Eigentümers (§§ 418 Satz 2, 1168).

Übrigens bezieht sich das Erlöschen aus § 418 Abs. 1 nur auf rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrechte und Bürgschaften. Gesetzliche Pfandrechte und gesetzliche Bürgschaften sind Eigenschaften der Schuld und bleiben daher bestehen.

Digitized by Google

gemacht werden. Der Schuldner hätte beim Mangel einer solchen Vorschrift die Möglichkeit, durch Übernahme bevorzugter Forderungen seine Gläubiger zu schädigen.

d. Besondere Fälle.

1. Übernahme von Grundstücksschulden.

Erwirbt jemand ein mit Hypotheken belastetes Grundstück, so kann sich der Veräußerer verpflichten, dem Erwerber „reine Hypothek" zu verschaffen, d. h. die auf dem Grundstücke haftenden, in der III. Abt. des Grundbuchs (II, 540) eingetragenen Schulden fortzuschaffen. Viel üblicher aber ist die Übernahme dieser Schulden in Anrechnung auf den Kaufpreis. Wenn also zB. A. von B. ein mit einer Hypothek für C. von 50 000 Mk. belastetes Grundstück für 100 000 Mk. kauft, so wird im Regelfalle das Kaufgeld derart „belegt," daß A. die Hypothek für C. „in Anrechnung auf den Kaufpreis" übernimmt und nur die restlichen 50 000 Mk. bar zahlt (oder zB. auch nur 20000 Mk. zahlt und 30 000 Mk. als „Restkaufgeldhypothek" für B. eintragen läßt).

Hierin liegt ein Schuldübernahmevertrag zwischen A. und B., der aber, wie S. 342 dargelegt, den C. bis zu dessen Genehmigung noch nichts angeht, vielmehr zunächst nur die Bedeutung einer Erfüllungsübernahme hat. C. hat also gegen A., als den nunmehrigen Besitzer des verpfändeten Grundstücks, zwar das Recht, bei Nichtzahlung der Hypothek sich aus dem Grundstücke zu befriedigen (mit der dinglichen Klage, actio hypothecaria). Fällt er bei der Zwangsversteigerung aber aus, dann kann er sich wegen seines Ausfalls nicht an A.'s sonstiges Vermögen halten, sondern nur an B. Denn nur dieser haftet ihm persönlich (zB. wenn die Hypothek für ein dem B. gegebenes Darlehen haftete, mit der condictio mutui).

Diese Forthaftung des Veräußerers bis zur Genehmigung der Übernahme durch den Hypothekengläubiger ist für den Grundstücksverkehr sehr störend. Denn es handelt sich beim Realkredit im Gegensatze zum Personalkredit regelmäßig um dauernde Schuldverhältnisse, und der

Digitized by Google

Veräußerer könnte nach Jahrzehnten durch die Mitteilung des Gläubigers überrascht werden, daß er bei einem Zwangsverkaufe des Grundstücks ausgefallen sei und diesen Ausfall vom Veräußerer als seinem persönlichen Schuldner nunmehr beanspruche. Dieser praktischen Erwägung nachgebend hat BGB. § 416 — in Nachbildung ursprünglich preußischer[5]) Rechtsgedanken und im Anschluß an ein

[5]) Die preußische Rechtsentwickelung weist hierbei mehrere Abschnitte auf:

α. Nach ALR. I, 20 § 54 haftete der Erwerber einer mit einer Hypothek belasteten Sache zwar dinglich, also mit dem belasteten Grundstück, aber nicht persönlich, wenn er sich nicht hierzu dem Gläubiger gegenüber verpflichtet hatte.

β. Auch eine zu diesem Paragraphen ergangene Deklaration vom 21. März 1835 ging noch von dem Grundgedanken aus, daß der Erwerber aus der Erklärung, die auf dem erworbenen Grundstücke haftenden Hypotheken zu übernehmen, nur dem Veräußerer, nicht auch dem Gläubiger persönlich hafte, falls die Übernahme nicht dem letzteren gegenüber erklärt sei. Die Deklaration enthält aber insofern einen Fortschritt, als der Veräußerer in § 3 für berechtigt erklärt ist, den Anspruch aus einem ihm gegenüber abgegebenen Erfüllungsversprechen dem Gläubiger abzutreten. Der Gläubiger erhielt dann durch diese Cession mittelbar einen persönlichen Leistungsanspruch gegen den Erwerber.

γ. Zum Abschlusse gebracht wurde die Entwickelung durch § 41 des EEG. vom 5. Mai 1872. Er bestimmt:

„Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Übernahmevertrag nicht beigetreten ist. Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigentümer des Grundstücks gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses". Es bedarf hiernach also keiner Abtretung des Erfüllungsanspruchs mehr, sondern der Gläubiger erhält mit Abschluß des Vertrages unmittelbar einen unentziehbaren persönlichen Erfüllungsanspruch gegen den Erwerber.

§ 41 EEG. weicht von § 416 BGB. in verschiedenen Punkten wesentlich ab:

a. Nach § 41 EEG. tritt der Erwerber zunächst neben den bisherigen persönlichen Schuldner, haftet also, bis dieser durch Frist-

Digitized by Google

bayerisches Gesetz vom 29. Mai 1886 — für den Fall der Übernahme einer Hypothek durch Vertrag des Grundstückserwerbers mit dem Veräußerer besondere Vorschriften

---

ablauf befreit wird, solidarisch mit ihm. Der Übernahmevertrag ist daher in § 41 EEG. als **pactum in favorem tertii** behandelt und bedarf keiner Genehmigung des Gläubigers, der durch die Übernahme ja nur Rechte erwirbt, nicht Rechte aufgiebt. Dagegen verlangt § 416 BGB. als Fall der Schuldübernahme Genehmigung des Gläubigers, nimmt diese jedoch unter gewissen Voraussetzungen als erteilt an. Denn nach BGB. § 416 haften Erwerber und Veräußerer nie nebeneinander: *bis* die Genehmigung erteilt und falls sie verweigert wird, auch ferner, haftet nur der Veräußerer, *nach* erteilter Genehmigung nur der Erwerber persönlich.

b. Unter den Auslegern des § 41 EEG. ist streitig, ob der Gläubiger dem Erwerber gegenüber die kraft Gesetzes (und nicht wie in der Deklaration von 1835 nur bei rechtsgeschäftlicher Abtretung) auf ihn übergehende Forderung des Veräußerers aus dem *Übernahme*vertrage geltend mache (**actio venditi utilis**), oder ob der Gläubiger gegen den Erwerber die gleiche persönliche Klage (**condictio mutui**) habe, die er bisher nur gegen den Veräußerer hatte; ob m. a. W. der Gläubiger in den Schuldbefreiungsanspruch des Veräußerers gegen den Erwerber oder der Erwerber in die Schuldverpflichtung des Veräußerers gegen den Gläubiger succediere. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage liegt darin, daß bei der ersteren Annahme dem Erwerber die Einwendungen aus dem Übernahmevertrag, aber nicht aus dem Schuldverhältnisse zuständen, während bei der anderen Annahme gerade das Umgekehrte stattfände. § 416 BGB. beruht auf der letzterwähnten Annahme der Sondernachfolge des Erwerbers in die Schuld des Veräußerers (S. 349); dies entspricht auch der bisher herrschenden Ansicht.

c. Nach § 41 EEG. muß der Gläubiger gegen den Erwerber rechtzeitig *klagen*, um seinen Anspruch gegen den Veräußerer zu erhalten. Nach § 416 BGB. genügt hierzu die rechtzeitige *Erklärung* des Gläubigers, daß er die Genehmigung zur Schuldübernahme verweigere. Andererseits ist nach § 416 BGB. der Veräußerer bei fruchtlosem Ablaufe von 6 Monaten seit seiner Mitteilung an den Gläubiger auch dann befreit, wenn die Schuld betagt oder bedingt ist, während die in § 41 EEG. angeordneten Fristen nicht zu laufen beginnen, solange das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft ist.

d. § 41 EEG. bezieht sich nach der Praxis nur auf Hypotheken, nicht auf *Grundschulden*. Auch diesen kann jedoch eine persönliche Schuld des Eigentümers zu Grunde liegen; freilich ist dies nicht erforderlich und tritt jedenfalls nicht in die Erscheinung Es

Digitized by Google

gegeben. Natürlich konnte nicht soweit gegangen werden, daß der Veräußerer auch ohne Genehmigung des Hypothekengläubigers sogleich mit der Schuldübernahme durch den Erwerber seiner Schuld ledig werde. Dadurch könnte der Hypothekengläubiger sehr geschädigt werden. Denn wenn auch bei der Beleihung von Grundstücken die Realsicherheit regelmäßig ausschlaggebend ist, so sieht ein vorsichtiger Darlehensgeber doch auch auf die Person des Schuldners, und ein kreditwürdiger Mann erhält auf das gleiche Grundstück eine Hypothek unter ganz anderen Bedingungen, als ein Mann, bei dem der Gläubiger Gefahr läuft, bestenfalls durch eine Zwangsversteigerung wieder zu seinem Gelde zu kommen.

Von dem Erfordernisse der Genehmigung des Gläubigers wird daher auch in diesem Falle nicht abgesehen. Vielmehr liegt seine Besonderheit nur darin, daß in den sonstigen Fällen der Schuldübernahme (oben S. 342) die Nichterklärung des Gläubigers auf die Aufforderung zur Genehmigung als *Verweigerung*, im Falle des § 416 dagegen unter gewissen Voraussetzungen als *Erteilung* der Genehmigung gilt. Teilt der Veräußerer nach erfolgter Eintragung des Erwerbers im Grundbuche dem Gläubiger die

---

fragt sich nun, ob auch § 416 BGB. nur auf Hypotheken anwendbar ist oder auch auf Grundschulden (und Rentenschulden), sofern diese zur Sicherung einer persönlichen Schuld des Veräußerers dienen. Diese Frage ist zu bejahen; denn die **ratio legis** — Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Schuld — trifft auch bei dieser Art von Grundschulden zu. Dafür spricht auch § 53 Abs. 2 des RZwvg. (unten S. 349[7]), wonach § 416 BGB. auf die kraft Gesetzes eintretende Übernahme der im geringsten Gebote stehenden Grundschulden anwendbar ist, für die der Schuldner zugleich persönlich haftet, sofern er spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die gegen ihn bestehende Forderung unter Angabe ihres Betrags und Grundes angemeldet und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft gemacht hat. Keine sichere Entscheidung findet die Frage durch § 1192 BGB. Danach finden die Vorschriften über die Hypothek zwar auf die Grundschuld entsprechende Anwendung, aber nur „soweit sich nicht daraus ein Anderes ergiebt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt."

Digitized by Google

Schuldübernahme mit, so gilt die Genehmigung nach fruchtlosem Ablaufe von 6 Monaten als erteilt, der Veräußerer also als befreit, vorausgesetzt, daß die Mitteilung schriftlich und unter dem Hinweise geschehen ist, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der 6 Monate erklärt.[6]) Unter diesen Voraussetzungen gilt also hier ausnahmsweise Stillschweigen als Genehmigung (III, 412). Nur der Veräußerer, nicht auch der Schuldübernehmer kann die Mitteilung mit der bezeichneten Folge erlassen; dieser kann vom Veräußerer jedoch die Mitteilung an den Gläubiger und Nachricht über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung verlangen.[7])

[6]) Der Gläubiger kann die Genehmigung also auch verweigern, aber er muß dies innerhalb von 6 Monaten erklären. Verweigert er die Genehmigung zur Schuldübernahme, so bleibt ihm gegenüber nur der Veräußerer persönlich verpflichtet, der, falls er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, seinerseits vom Erwerber auf Grund der nunmehr als Erfüllungsübernahme anzusehenden (S. 342) Vereinbarung Ersatz verlangen kann. Zum Schutze des Veräußerers in einem solchen Falle sind die §§ 1164—1167 BGB. gegeben, vor allem § 1166: „Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt, so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen, die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er in Folge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet. Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist."

[7]) BGB. § 416 findet gemäß § 53 des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. März 1897 auch Anwendung, wenn bei der Subhastation eine Belastung der III. Abteilung, für die der Schuldner (Subhastat) zugleich persönlich haftet, innerhalb des geringsten Gebots (I, 352[8]) steht und daher vom Ersteher übernommen wird. Ebenso (aber nur für Hypotheken) schon Pr. Zwvg. vom 13. Juli 1883 § 115.

Dieser Fall der sich kraft Gesetzes vollziehenden Übernahme einer im geringsten Gebote stehenden Post ist nicht zu verwechseln mit dem Falle, daß der Gläubiger einer zur Hebung gelangten, also an sich bar zu zahlenden Post mit dem Ersteher deren Bestehenbleiben vereinbart. Dann gilt dies als Neubegründung einer Schuld, der bisherige persönliche Schuldner ist befreit (so ausdrücklich Pr. Zwvg. § 116).

Digitized by Google

2. Übernahme eines Vermögens.

Übernimmt jemand durch einen (gerichtlich oder notariell zu beurkundenden, BGB. § 311) Vertrag unter Lebenden das Vermögen eines Anderen (oder einen Bruchteil), so können nach BGB. § 419 die Gläubiger des Veräußerers, unbeschadet der Fortdauer seiner Haftung, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Der Übernehmer tritt also nicht, wie im Regelfalle der Schuldübernahme, an die Stelle, sondern als Gesamtschuldner an die Seite des bisherigen Schuldners. Nur beschränkt sich seine Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens (Haftung cum viribus, nach Maßgabe der für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991, vgl. II, 711[2]) und die ihm aus dem Übernahmevertrage zustehenden Ansprüche.[8]) Die durch

---

Ein dritter hierher gehörender Fall ist der, daß eine bar zu zahlende Post von dem Ersteher bei der Kaufgelderbelegung nicht bar berichtigt wird. Dann wird auf den Berechtigten der auf ihn entfallende Teil des rückständigen Kaufgelds übertragen und als Sicherungshypothek eingetragen. Der Gläubiger gilt durch die Übertragung als befriedigt, der persönliche Schuldner daher als befreit, wenn der Gläubiger nicht binnen 3 Monaten auf die Rechte daraus verzichtet oder die erneute Zwangsversteigerung (Resubhastation) beantragt. Hierbei dient ihm der mit Vollstreckungsklausel versehene Zuschlagsbeschluß als Vollstreckungstitel (RZwvg. vom 24. März 1897 §§ 118, 128, 132, PrZwvg. vom 13. Juli 1883 § 117).

[8]) Im bisherigen Rechte war die Vermögensübernahme nur für einzelne Fälle gesetzlich geregelt, so im preußischen Recht (abgesehen von dem im Erbrechte zu behandelnden Erbschaftskaufe, ALR. I, 11 §§ 445 ff., BGB. letzter Abschnitt, §§ 2371—2385) für den Vitalitien- oder Alimentenvertrag (Anhang § 19 zu ALR. I, 11 § 646), wobei der Übernehmer eines Vermögens die Verpflichtung zur Versorgung des Veräußerers für dessen Lebenszeit eingeht. Hierbei sollen sich die Gläubiger des Veräußerers auf Grund des Vertrages unmittelbar an den Übernehmer halten dürfen, dieser haftet aber nur in Höhe der übernommenen Aktiva. Dies ist im Anhange § 19 (in wörtlicher Übersetzung der l. 39 § 1 D. 50, 16, vgl. III, 79[7]) so ausgedrückt, „daß unter Vermögen nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden werden kann." Ob der Gedanke des Anhang § 19 auch noch auf sonstige

Digitized by Google

§ 419 BGB. umschriebene Haftung des Übernehmers kann im Übernahmevertrage weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden.

Fälle einer Vermögensübernahme (Kauf oder Schenkung eines Vermögens) ausgedehnt werden kann, war in der pr. Praxis streitig.

Auch eine andere berühmte Streitfrage hat erst durch die neue Reichsgesetzgebung ihre gesetzliche Regelung erfahren, nämlich die Frage: unter welchen Umständen der Übernehmer eines Handelsgeschäfts den Geschäftsgläubigern für die Geschäftsschulden haftet.

α. Das alte HGB. enthielt hierüber keine Vorschriften. Die Praxis (vgl. vor allem ERG. 17, 96) ging davon aus, daß durch den Abschluß des Übernahmevertrags allein die Geschäftsgläubiger selbst dann in kein unmittelbares Schuldverhältnis zum Erwerber träten, wenn dieser sich dem Veräußerer gegenüber zur Bezahlung der Geschäftsschulden verpflichtet oder, wie man sagt, „die Passiva übernommen hatte". Eine unmittelbare Haftung des Übernehmers den Geschäftsgläubigern gegenüber sollte vielmehr — immer jedoch vorausgesetzt, daß er die Passiva dem Veräußerer gegenüber überhaupt übernommen hatte — nur dann eintreten, wenn er ihnen erklärt hatte, haften zu wollen. Die Abgabe dieser ihn unmittelbar verpflichtenden Erklärung brauchte aber nicht ausdrücklich und gegenüber jedem einzelnen Gläubiger zu erfolgen, sondern es wurde für genügend erachtet, wenn die Übernahme des Geschäfts, sei es durch öffentliche Bekanntmachung oder durch Rundschreiben an die Geschäftsfreunde, bekannt gemacht war; nach einer Ansicht soll sogar die Fortführung des mit Aktiven und Passiven übernommenen Geschäfts unter derselben Firma genügen (ERG. 2, 55).

β. Das neue HGB. hat in den §§ 25 ff. diese für den Geschäftsverkehr außerordentlich wichtige Frage gesetzlich geregelt. Es unterscheidet in § 25:

a. Das Geschäft wird unter der bisherigen Firma fortgeführt, mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes: dann haftet der Erwerber kraft Gesetzes für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, also auch dann, wenn er diesem gegenüber im Übernahmevertrage die Passiva garnicht übernommen hatte. Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

b. Die Firma wird nicht fortgeführt: dann haftet der Übernehmer für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, d. h. wenn er sich den Geschäftsgläubigern zur Bezahlung der Geschäftsschulden verpflichtet

Digitized by Google

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern. (BGB. §§ 420—432).[1])

§ 105. Beteiligung Mehrerer an einem Schuldverhältnisse.

Jedes Schuldverhältnis setzt, wie S. 2 erörtert, zwei Parteien voraus: Gläubiger und Schuldner. Jede dieser Parteien kann nun aber wieder aus mehreren Rechtssubjekten bestehen: Mehrheit von Gläubigern, Mehrheit von Schuldnern. Die Gestaltung des Verhältnisses dieser mehreren Parteigenossen zur Gegenpartei und untereinander kann verschiedene Formen annehmen.[2])

---

hat. Dies ist aber nach HGB. § 25 a. E. schon dann der Fall, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise (durch Annoncen, Cirkulare) von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist, also auch dann, wenn die Übernahmeerklärung dem gerade in Frage stehenden Gläubiger nicht unmittelbar zugegangen ist. Gleichgültig ist hierbei auch, ob der die Übernahme der Passiva erklärende Erwerber dem Veräußerer gegenüber sich zur Bezahlung der Geschäftsschulden überhaupt verpflichtet hatte.

Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im § 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so *verjähren* die Ansprüche der Gläubiger gegen den früheren Inhaber mit Ablauf von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt (§ 26 Abs. 1).

Wird ein zu einem *Nachlasse* gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung (§ 27 Abs. 1). Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird (§ 27 Abs. 2).

[1]) Institutionentitel 3, 16: **De duobus reis stipulandi et promittendi**; Digestentitel 45, 2: **De duobus reis constituendis**; Codextitel 8, 39 (40): **De duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi.** ALR. I, 5 §§ 424—453; **X. Von Korrealverträgen.**

[2]) Es handelt sich hier nur um die Frage, in welchem *Umfange* (neben einander), nicht in welcher *Reihenfolge* (nach einander) mehrere Personen als Gläubiger berechtigt oder als Schuldner verpflichtet sind. Die Fälle *subsidiärer* Berechtigung

Digitized by Google

a. Grundsatz der Teilung.

Bei einem Schuldverhältnisse sind mehrere Gläubiger oder Schuldner derart beteiligt, daß jeder nur einen Bruchteil der Leistung zu beanspruchen oder zu leisten hat. Der auf den einzelnen Beteiligten entfallende Bruchteil kann nach der Anzahl der mehreren Parteigenossen (nach Kopfteilen) oder nach dem Maße ihrer Beteiligung (zB. nach Anteilen an einer Gesellschaft) bestimmt sein. Die Anwendung dieses Grundsatzes ist begrifflich auf die teilbaren Leistungen beschränkt (S. 27).

b. Grundsatz der Vervielfältigung.

Bei einem Schuldverhältnisse sind mehrere Gläubiger oder Schuldner derart beteiligt, daß jeder der mehreren Gläubiger vom Schuldner die ganze Leistung beanspruchen, jeder der mehreren Schuldner dem Gläubiger die ganze Leistung machen muß.[3])

---

und Verpflichtung werden nur von dem einen gemeinsamen Gedanken beherrscht, daß eine Person eben nicht an erster Stelle, sondern erst nach einer anderen Person berechtigt oder verpflichtet ist, und unterstehen daher nicht gemeinsamen Rechtsregeln. Der Hauptfall einer subsidiären Verpflichtung ist die (nicht selbstschuldnerische) Bürgschaft (BGB. § 771, Einrede der Vorausklage, **exceptio excussionis personalis s. ordinis**); vgl. ferner BGB. § 839 (Haftung der Beamten nur, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag) und Reichsgrundbuchordnung § 12 (Haftung des Staates für Versehen der Grundbuchbeamten an deren Stelle, also nur mangels anderweiter Schadensdeckung, aber nicht, wie in § 29 der Pr. GBO., erst subsidiär hinter ihnen).

Beispiele subsidiärer Berechtigung enthalten BGB. §§ 382 (Rücknahmerecht des Hinterlegers, sofern das Recht des Gläubigers durch Ablauf von 30 Jahren erloschen ist, S. 270[11]), 976 (Erwerbsrecht der Gemeinde des Fundorts, wenn der Finder auf den Erwerb der Fundsache verzichtet).

[3]) Sind also auf der Gläubigerseite vier Beteiligte vorhanden, so muß der Schuldner die Leistung viermal bewirken — wenn dies überhaupt möglich ist —, sind auf der Schuldnerseite vier Beteiligte vorhanden, so kann der Gläubiger die Leistung viermal einziehen. Da hier eigentlich vier Schuldverhältnisse vorhanden sind, die nur in einem gewissen Zusammenhange zu einander stehen, so gelten

Digitized by Google

c. Grundsatz der gesamten Hand.

Bei einem Schuldverhältnisse sind mehrere Gläubiger oder Schuldner derart beteiligt, daß die Leistung nur einmal und zwar von allen Gläubigern gemeinschaftlich gefordert werden kann und nur einmal und zwar von allen Schuldnern gemeinschaftlich bewirkt zu werden braucht. Dieser dem deutschen Rechte (II, 453[8]) entstammende Grundsatz hat im BGB. für die Behandlung der Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern (§§ 432, 2039) Aufnahme gefunden (unten S. 369).

d. Gesamtforderung und Gesamtschuld.

Endlich können bei einem Schuldverhältnisse mehrere Gläubiger oder Schuldner derart beteiligt sein, daß zwar, ebenso wie bei der Gesamthand, die Leistung nur einmal (und zwar einheitlich, nicht in Teilen) zu bewirken ist, aber mit dem Unterschiede, daß jeder der mehreren Gläubiger (Gesamtgläubiger, correi credendi s. stipulandi) die ganze Leistung fordern kann, jeder der mehreren Schuldner (Gesamtschuldner, correi debendi s. promittendi) die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist. In solchen Fällen nennt man das Schuldverhältnis „Korrealobligation".

---

für diese Fälle keine besonderen Grundsätze, und sie werden daher hier nicht weiter berücksichtigt, zumal sie sehr selten sind. In Rom fand eine solche Multiplikation oder Kumulation der Leistungspflicht kraft Gesetzes bei den privaten Strafklagen statt; zB. ging die actio furti gegen jeden Dieb und Gehülfen auf das Vierfache (bei furtum manifestum) oder auf das Doppelte (bei furtum nec manifestum); vgl. ferner l. 11 § 2 D. 9, 2: ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena. Heute findet der Grundsatz nur kraft Rechtsgeschäfts Anwendung; zB. ein Maurer- und ein Zimmermeister übernehmen die Herstellung eines Hotels und verpflichten sich bei Nichtfertigstellung bis zum 1. Oktober jeder 100 Mk. Vertragsstrafe für den Tag zu zahlen. Bei wahren Strafen, die aber heute allein den Grundsätzen des öffentlichen Rechts unterstehen, findet natürlich auch heute Kumulation statt. So bestimmt zB. § 17 des Pr. Stempelsteuerg. vom 31. Juli 1895 Abs. 5: „Die verwirkten Geldstrafen treffen jeden Unterzeichner oder Aussteller einer Urkunde besonders und in vollem Betrage."

Digitized by Google

Von Keller (1799—1860, Puchtas Nachfolger in Berlin, „Litiskontestation und Urteil", 1829) und nach ihm von Ribbentrop (1798—1874, Professor in Göttingen, „Zur Lehre von den Korrealobligationen", 1831) wurde nun darauf hingewiesen, daß nicht alle Fälle der Korrealobligation in den Quellen gleichmäßig behandelt würden. Insbesondere stellten sie fest, daß die nach vorjustinianischem Recht das Klagerecht zerstörende (I, 250) Litiskontestation eines der mehreren Gläubiger mit dem Schuldner oder des Gläubigers mit einem der mehreren Schuldner in manchen Fällen eine Vereinheitlichung des Schuldverhältnisses auf die Prozeßparteien herbeiführte, derart, daß die nicht klagenden Gläubiger durch den klagenden ausgeschlossen und die nicht beklagten Schuldner befreit waren, während in anderen Fällen nur die wirkliche Leistung (und was ihr gleichsteht) den Ausschluß der Mitgläubiger und die Befreiung der Mitschuldner bewirkte.[4])

[4]) Vgl. l. 2 D. 45, 2: „Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio"; und dagegen l. 7 § 4, l. 8 D. 27, 6: „Si plures sint qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest Sabinus scribit."

Nach der ersteren Stelle werden bei einer durch Stipulation erzeugten Gesamtschuld schon durch die Litiskontestation des Gläubigers mit einem der Gesamtschuldner die übrigen befreit, während nach der zweiten, eine Haftung für außerkontraktlichen Schaden betreffenden Stelle diese Wirkung erst als Folge der Erfüllung eintritt.

Kann jemand eine Forderung gegen mehrere Personen oder auf mehreren Wegen verwirklichen, stehen ihm also nach römischer Sprechweise mehrere actiones zur Herbeiführung des gleichen rechtlichen Erfolges zu Gebote (zB. der Eigentümer kann die verliehene Sache vom Entleiher entweder mit der dinglichen rei vindicatio oder mit der persönlichen actio commodati zurückverlangen), so spricht man von Klagenkonkurrenz, und zwar von alternativer, wenn schon die in der Klageerhebung bethätigte Wahl, von elektiver, wenn erst die erfolgreiche Durchführung der einen Klage die andere ausschließt. Nach dieser Sprechweise war vor Justinian im Falle der Korrealobligation eine alternative, im Falle der Solidarobligation eine elektive Klagenkonkurrenz begründet.

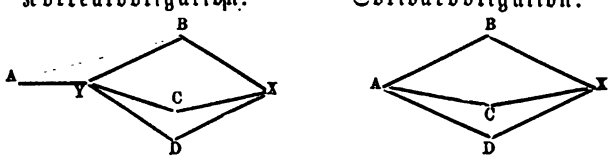
Digitized by Google

Von nun an unterschied man zwei Arten von Gesamtforderung und Gesamtschuld: die eigentliche, echte Korrealobligation und die uneigentliche, unechte Korrealobligation oder Solidarobligation. Hierüber herrschte Einigkeit. Nun begann jedoch der berühmte und auch heute noch nicht beendete Streit über die Fragen: Worin liegt der begriffliche Unterschied zwischen der Korreal- und der Solidarobligation und welche praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung?

Keller und Ribbentrop vertraten die sog. Einheitstheorie. Die Korrealobligation sei eine einheitliche Obligation mit Mehrheit der subjektiven Beziehungen, die „bloße" Solidarobligation eine nur durch das Hinstreben auf denselben Leistungsgegenstand herbeigeführte Vereinigung mehrerer selbständiger Obligationen.[5]) So erkläre es sich, daß die Solidarobligation nur durch die Erfüllung oder deren Surrogate (Hingabe an Erfüllungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung) in ihrem Bestande getroffen werde, während die Korrealobligation auch durch andere Vorgänge beseitigt werde, so besonders durch die Litiskontestation (vor Justinian) und durch Akzepti-

[5]) Nach der Einheitstheorie ließe sich der Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligation so veranschaulichen:

Korrealobligation: Solidarobligation:



A. ist der Gläubiger, X. der Leistungsgegenstand, B., C., D. sind die Schuldner. Will A. den Gegenstand erreichen, so muß er bei der Korrealobligation den Weg Y., B., X. oder Y., C., X. oder Y., D., X. nehmen. Wählt er einen dieser Wege, nämlich nimmt er z.B. mit B. die Litiskontestation vor, dann wird nach dem das vorjustinianische Recht beherrschenden Grundsatze der Klagenkonsumtion die Verbindung (juris vinculum) A., Y., B. durch eine unmittelbare Verbindung A., B. ersetzt. Die Strecke A., Y. ist nun aber für A. nicht mehr zu benutzen, und A. hat daher keine Verbindung mit C. und D. mehr. Anders bei der Solidarobligation, wo A. auf drei von einander ganz verschiedenen Wegen den Leistungsgegenstand erreichen kann.

Digitized by Google

lation, und daß ferner die Unterbrechung der Klageverjährung auch den hierbei nicht beteiligten Genossen gegenüber wirke. Die Vertreter dieser Theorie mußten nun allerdings anerkennen, daß gewisse rechtliche Vorgänge, so vor allem die Konfusion (S. 241[3]), die capitis diminutio und der Verzug, auch bei der Korrealobligation nur für und gegen denjenigen correus wirken, bei dem sie vorliegen, und daß der eine correus in anderer Weise berechtigt oder verpflichtet sein kann, wie der andere, zB. der eine betagt oder bedingt, der andere unbetagt oder unbedingt. Dies wurde aber damit erklärt, daß diese Ereignisse nicht den „objektiven Bestand der Korrealobligation", sondern deren „subjektive Beziehungen" beträfen und daher über die Person des Betroffenen hinaus keinen Einfluß ausüben könnten.

Dieser anfänglich allgemein anerkannten und im Gemeinen Recht auch heute noch herrschenden Einheitstheorie (Windscheid) trat seit etwa 1855 die sog. Mehrheitstheorie gegenüber, die diese Unterscheidung zwischen dem objektiven Bestande und den subjektiven Beziehungen der Korrealobligation als unbegründet verwarf. Nach dieser Theorie soll auch bei der Korrealobligation eine Mehrheit von Obligationen vorhanden und deshalb das von der Einheitstheorie aufgestellte Unterscheidungsmerkmal wertlos sein.[6])

Unter den zahlreichen von den Gegnern der Einheitstheorie versuchten Konstruktionen sei hier nur der von Dernburg aufgestellten gedacht. Nach ihm liegt das Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Formen von Gesamtschuldverhältnissen in dem Entstehungsvorgange. „Korrealobligationen sind durch den Parteiwillen geschaffene solidarische Berechtigungen oder Verpflichtungen; bei den bloßen Solidarobligationen dagegen entwickelt sich die Solidarität unmittelbar aus dem Wesen des Verhältnisses und ist nicht Folge eines besonderen, auf sie gerichteten Willens" (Pandekten II § 71). Die Korreal-

[6]) Aus den Quellen selbst ist eine Entscheidung jedenfalls nicht zu entnehmen. Denn diese sprechen bei der Korrealobligation bald von „una obligatio" (l. 2 D. 45, 2), bald von „duae species obligationis" (l. 13 D. 45, 2) oder von „duae obligationes" (l. 5 D. 46, 1).

Digitized by Google

obligationen entstehen also nach Dernburg nur in Folge eines einheitlichen Rechtsgeschäfts (Vertrags oder Vermächtnisses), das die Beteiligten in der Absicht vorgenommen haben, eine Gesamtforderung oder eine Gesamtschuld zu begründen. Alle übrigen Gesamtschuldverhältnisse unterfallen dem Begriffe der solidarischen Obligation, gleichgültig, ob sie auf Gesetz beruhen, wie die Haftung mehrerer an einer unerlaubten Handlung Beteiligter oder auf rechtsgeschäftlicher, wenn nur nicht einheitlicher Grundlage. Daher sind nach Dernburg Mehrere, die einen Wechsel *zusammen* ausstellen, Korrealschuldner, dagegen die *nach einander* in den Wechselverband eintretenden Personen, die dem Wechselinhaber jede auf das Ganze haften, Solidarschuldner.

Die hauptsächliche praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen Korreal- und Solidarschuld lag im rR. in der verschiedenen Wirkung der Litiskontestation. Dies beseitigte Justinian[7]) und nunmehr beschränkte sich die Bedeutung der Unterscheidung wesentlich darauf, daß die S. 356 erwähnten Vorgänge (Akzeptilation, Unterbrechung der Klageverjährung) zwar den Bestand der Korreal-, aber nicht den der Solidarschuldverhältnisse berührten.

Von den neueren Gesetzbüchern[8]) hat keines die Unterscheidung aufgenommen und verwertet: das ALR. (1794), der Code civil (1807) und das Österreichische Allgemeine BGB. (1811) schon deshalb nicht, weil bei ihrer Bearbeitung der Unterschied zwischen der Korreal- und der bloß solidarischen Obligation noch garnicht aufgedeckt war (S. 355). Auch das BGB. kennt nur *eine* Art der Gesamtschuld und der Gesamtforderung.

---

[7]) L. 28 § 2 C. 8, 40: „Idemque in duobus reis promittend constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat."

[8]) In neueren Gesetzen (vgl. zB. altes HGB. Art. 112, 178, 204, 211, 241, 247[3], 257, 269, 280, 281) wird zwar zuweilen der Ausdruck „solidarisch" angewendet; damit soll aber nur die Gesamthaft in solidum bezeichnet, nicht etwa der Begriff der „bloß solidarischen Obligation" aus dem Gem. R. eingeführt werden.

Digitized by Google

§ 106. Mehrheit von Schuldnern.

a. Allgemeines.

Schulden Mehrere eine Leistung, so kann, wie in § 105 dargethan, an sich das Prinzip der Teilung (jeder haftet für einen Teil) oder das Prinzip der Gesamthand (alle gemeinschaftlich haften für das Ganze) oder endlich das Prinzip der Gesamtschuld (jeder haftet einzeln auf die ganze, aber nur einmal zu bewirkende Leistung) zur Anwendung gelangen. Welches dieser drei Prinzipien im einzelnen Fall anwendbar ist, das wird durch das Rechtssystem bestimmt. Das BGB. verwendet das Prinzip der Gesamthand bei Schuldverpflichtungen nur in Fällen, in denen eine Schuldnermehrheit (Gesellschafter, Miterben §§ 719 ff., 2059) mit einem bestimmten Sondervermögen haftet, ohne für alle diese Fälle gemeinsame Grundsätze auszusprechen. Es handelt sich hier im Folgenden also wesentlich um die Frage, wann Teilung und wann Gesamthaft der Schuldner eintritt?

Das BGB. unterscheidet:

1. Bei unteilbarer Leistung scheidet das Teilungsprinzip aus. Im Einklange mit dem Gemeinen Rechte bestimmt BGB. § 431: „Schulden Mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner."

2. Ist der Leistungsgegenstand dagegen teilbar, so ist nach BGB. § 420 im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Teile verpflichtet. Es tritt hier also Teilung und zwar nach Kopfteilen (nicht nach dem Umfange des Interesses, wie gemäß ALR. I, 5 § 427) ein, es sei denn, daß durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft ein anderes Haftungsprinzip oder eine andere Verteilungsart[1]) für anwendbar erklärt ist.

[1]) So haben zB. nach BGB. § 735 Gesellschafter, falls das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht ausreicht, für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Nach § 835 sind die zum Zwecke der

Digitized by Google

α. Gesamtschuld kraft Gesetzes ist nach BGB.[2]) vorgeschrieben:

a. Bei gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Verpflichtung (§ 427). Damit weicht das BGB. wesentlich vom Gemeinen Recht[3]) ab, stimmt aber sowohl mit dem ALR. (I, 5 §§ 424, 425) als mit dem Art. 280 des alten HGB. überein, der deshalb als durch BGB. § 427 verallgemeinert in das neue HGB. nicht übernommen ist.[4]) „Gemeinschaftlich" bedeutet nicht „uno actu voll-

gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechts durch das Gesetz zu einem Verbande vereinigten Eigentümer für Wildschaden nach Verhältnis der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig.

[2]) Nach rR. entstand passive Korrealität bei unteilbarem Leistungsgegenstande (l. 192 pr. D. 50. 17: „Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur"); ferner in den Fällen der actiones adjecticiae qualitatis (III, 510; „hoc edicto adicitur actio") und wenn mehrere Eigentümer eines Tieres für einen durch dieses angerichteten Schaden haftbar gemacht wurden. Ein der heutigen offenen Handelsgesellschaft ähnliches Verhältnis mit aktiver und passiver Korrealität kraft Gesetzes lag vor, wenn mehrere Bankiers ihr Geschäft als Gesellschafter betrieben (argentarii socii, vgl. l. 27 pr. D. 2, 14).

[3]) Vgl. zB. l. 11 §§ 1, 2 D. 45, 2: „Cum tabulis esset comprehensum „illum et illum centum aureos stipulatos" neque adiectum „ita ut duo rei stipulandi essent", virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius", partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent". Die Vorschrift des § 427 BGB. ist erst durch die II. Kommission eingefügt worden. Der I. Entwurf hielt am rR. fest.

[4]) Dieser Grundsatz gilt, was für das ALR. streitig war, auch für Realverträge. Wenn zB. Zimmermeister A. und Maurermeister B. zu C. kommen und ihn zum Zwecke der Ausführung eines gemeinsam unternommenen Baues um ein Darlehen von 10,000 Mk. ersuchen, und C. dem A. einen Check (d. h. eine Anweisung auf sein Guthaben bei einem Bankier) über 10,000 Mk. einhändigt, wogegen beide einen Darlehensschuldschein über 10,000 Mk. unterschreiben, so kann C. gegen jeden von Beiden auf Zahlung von 10,000 Mk. klagen. B. kann nicht etwa einwenden, er habe für die von ihm auszuführenden Arbeiten nur 3000 Mk. gebraucht und auch nur soviel durch A. erhalten. Denn die Sachlage ergiebt, daß sie C. gegenüber eine gemeinschaftliche Verpflichtung auf Rückzahlung der

Digitized by Google

zogen". Vielmehr kann die Gesamthaft auch durch mehrere gesonderte Verträge begründet werden, sofern nur erhellt, daß alle Beteiligten durch das gleiche Schuldverhältnis umfaßt werden sollen. Mitbürgen haften auch mangels gemeinschaftlicher Übernahme stets als Gesamtschuldner (§ 769).

Kraft Gesetzes haften ferner als Gesamtschuldner u. A.:

b. die Teilnehmer an einer unerlaubten Handlung hinsichtlich des daraus entstandenen Schadens (§ 840);

c. mehrere Vormünder, Gegenvormünder (§ 1833 Abs. 2), Pfleger (§ 1915), Testamentsvollstrecker (§ 2219) hinsichtlich des durch eine Pflichtwidrigkeit verursachten Schadens;[5])

d. die Teilnehmer gewisser Gemeinschaftsverhältnisse;[6])

10,000 Mk. hatten eingehen wollen. Die die Darlehenshingabe ersetzende Übergabe des Checks an A. geschah unter Einwilligung des B. und ist daher ebenso anzusehen, als wenn C. die erbetenen 10,000 Mk. an A. und B. gemeinschaftlich gezahlt hätte. Anders läge der Fall freilich, wenn C. sich zB. (in einem pactum de mutuo dando) verpflichtet hätte, an A. und B. gemeinschaftlich „Baugelder" nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues zu geben und Zahlungen an A. allein bewirkt hätte. Dann würde B. zunächst nur für die von ihm (durch A. oder unmittelbar von C.) empfangenen Beträge haften, für die übrigen, an A. gelangten aber nur dann, wenn dieser nach dem Baugeldvertrage zur Zahlungsempfangnahme allein berechtigt war. Denn die Klagen aus Realverträgen haben, wie S. 192 dargethan, insofern auch heute noch etwas Eigentümliches, als sie auf Rückgabe gehen und daher eine Hingabe voraussetzen.

[5]) Zu b. und c.: Dies sind die Hauptfälle der gemeinrechtlichen kraft Gesetzes eintretenden „bloß solidarischen" Verpflichtungen (S. 356). Ein anderer Fall war die Haftung mehrerer Bewohner eines Gemaches gegenüber der actio de effusis et dejectis (l. 1 § 10 — l. 4 D. 9, 3).

[6]) Als Gesamtschuldner haftet:

α. Jeder Teileigentümer eines geteilten Grundstücks, auf dem eine Reallast ruht (§ 1108);

β. der Mann den Gläubigern der Frau, soweit er dieser gegenüber deren Verbindlichkeit zu tragen hat (§ 1388);

γ. der Mann für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der Frau bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1459, 1530, 1549); ferner jeder Ehegatte für die nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigten Gesamtgutsverbindlichkeiten (§§ 1480, 1546, 1549).

Digitized by Google

e. Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2058 ff.); dies widerspricht dem Satze „nomina ipso jure sunt divisa“ des rR. (H, 717);

f. Vorstandsmitglieder und Liquidatoren eines Vereins und einer Stiftung, die bei Überschuldung den Konkursantrag zu stellen unterlassen (§§ 42, 53, 86, 88); ferner Personen, die namens eines nicht rechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber Rechtsgeschäfte vornehmen (§ 54).[7])

β. Eine Gesamtschuld kraft Rechtsgeschäfts wird nach BGB. nur bei einseitigem Rechtsgeschäft (besonders Vermächtnis) praktisch werden, da sie bei gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Übernahme schon kraft Gesetzes eintritt. Sie pflegt durch Ausdrücke wie „samt und sonders“, „einer für alle, alle für einen“,[8]) ausgedrückt zu werden; die Absicht der Begründung einer Gesamtschuld kann aber auch anderweit festgestellt werden.

b. Rechtsverhältnisse der Gesamtschuldner.

1. Gegenüber dem Gläubiger.

α. Die praktische Bedeutung der Gesamtschuld liegt darin, daß der Gläubiger durch die Haftung mehrerer Personen für die ganze Leistung — ähnlich wie bei der Korrealhypothek durch die Haftung mehrerer Grundstücke

---

[7]) Auch nach anderen Reichsgesetzen tritt vielfach Gesamthaft ein; vgl. u. A.: HGB. § 128 (bisher Art. 112, Gesamthaft der Gesellschafter, Ausschluß der Gesamthaft Dritten gegenüber unwirksam); 200 (bisher Art. 211, Handeln für die Aktiengesellschaft vor deren Eintragung ins Handelsregister); 202 (bisher Art. 213a, Gesamthaft der Gründer); WO. Art. 81 (Haftung jedes Wechselunterzeichners); StGB. § 231 Abs. 3 (Haftung für die Buße); StPO. § 198 (Gesamthaft mehrerer Verurteilter für die Auslagen, aber nicht für die Kosten des Verfahrens und der Strafvollstreckung); CPO. § 100 (bisher § 95, mehrere als Gesamtschuldner verurteilte Beklagte haften auch für die Kostenerstattung als Gesamtschuldner).

[8]) Für rR. vgl pr. J. 3, 16: Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi. quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?“ In der Kaiserzeit wurde die Formel üblich: „spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes.“

Digitized by Google

— eine sicherere Aussicht hat, die geschuldete Leistung zu erlangen, als wenn er nur einen Schuldner hätte; und ferner darin, daß er sich an denjenigen Schuldner halten kann, bei dem er nach Erreichbarkeit und Zahlungsfähigkeit am bequemsten zu dem ihm Geschuldeten gelangen kann. In Verkennung dieses Zwecks der Gesamtschuld hatte das römische Kaiserrecht den Gesamtschuldnern die Einrede der Teilung[9]) gegeben. In Übereinstimmung mit dem ALR. (I, 5 § 432) bestimmt dagegen BGB. § 421: „Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.“[10])

---

[9]) In Novelle 99 (539 n. Chr.) führte Justinian das **beneficium divisionis** ein, dessen Tragweite für das Gemeine Recht schon seit der Glossatorenzeit streitig ist. Cap. 1 der Novelle 99 (die als Ergänzung der Novelle 4 erlassen ist, durch welche dem Bürgen das **beneficium excussionis personalis s. ordinis** gewährt wurde) beginnt: *Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς* (**Si quis enim accipiat aliquos, qui mutua fidejussione se obligent**). Man streitet nun darüber, ob sich die Novelle auf alle Korrealschuldner bezieht (Glosse, noch heute herrschende Meinung), oder nur auf Korrealschuldner, die sich wechselseitig verbürgt haben (Haloander, Savigny), oder endlich nur auf solche Korrealschuldner, die vertragsmäßig die Gesamthaft für eine Verbindlichkeit übernommen haben, welche nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse thatsächlich jeden nur zu einem Teil angeht (Vangerow, Windscheid).

Das Reichsgericht (ERG. 12, 219, ebenso Dernburg) nimmt an, daß das **beneficium divisionis** seit der Einführung der CPO. (1. 10. 1879) unpraktisch geworden ist, da das in Nov. 99 vorgeschriebene Verfahren mit den die CPO. beherrschenden Verfahrensgrundsätzen unvereinbar ist. Nach der Novelle soll der Richter nämlich auf die gegen einen Korrealschuldner gerichtete Klage die übrigen, „**si quidem et solvendo et praesentes sint**“, mitvorladen und verurteilen. Das ist bei dem die CPO. beherrschenden Selbstbetriebe der Parteien (I, 206) heute jedenfalls unausführbar.

[10]) Der Gläubiger hat also ein unbeschränktes **jus variandi**. Er kann entweder einen der Gesamtschuldner belangen oder alle in einer Klage oder alle in gesonderten Klagen. Verklagt er mehrere oder alle Gesamtschuldner in einer Klage, so sind sie doch nicht „notwendige Streitgenossen“ im Sinne des § 62 (bisher § 59) CPO., eben weil er sie nicht (wie bei der Haftung zur gesamten Hand) zusammen verklagen **muß**, sondern dies nur thun darf,

Digitized by Google

e. Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2058 ff.); dies widerspricht dem Satze „nomina ipso jure sunt divisa“ des rR. (II, 717);

f. Vorstandsmitglieder und Liquidatoren eines Vereins und einer Stiftung, die bei Überschuldung den Konkursantrag zu stellen unterlassen (§§ 42, 53, 86, 88); ferner Personen, die namens eines nicht rechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber Rechtsgeschäfte vornehmen (§ 54).[7])

β. Eine Gesamtschuld kraft Rechtsgeschäfts wird nach BGB. nur bei einseitigem Rechtsgeschäft (besonders Vermächtnis) praktisch werden, da sie bei gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Übernahme schon kraft Gesetzes eintritt. Sie pflegt durch Ausdrücke wie „samt und sonders“, „einer für alle, alle für einen“,[8]) ausgedrückt zu werden; die Absicht der Begründung einer Gesamtschuld kann aber auch anderweit festgestellt werden.

b. Rechtsverhältnisse der Gesamtschuldner.

1. Gegenüber dem Gläubiger.

α. Die praktische Bedeutung der Gesamtschuld liegt darin, daß der Gläubiger durch die Haftung mehrerer Personen für die ganze Leistung — ähnlich wie bei der Korrealhypothek durch die Haftung mehrerer Grundstücke

---

[7]) Auch nach anderen Reichsgesetzen tritt vielfach Gesamthaft ein; vgl. u. A.: HGB. § 128 (bisher Art. 112, Gesamthaft der Gesellschafter, Ausschluß der Gesamthaft Dritten gegenüber unwirksam); 200 (bisher Art. 211, Handeln für die Aktiengesellschaft vor deren Eintragung ins Handelsregister); 202 (bisher Art. 213, Gesamthaft der Gründer); WO. Art. 81 (Haftung jedes Wechselunterzeichners); StGB. § 231 Abs. 3 (Haftung für die Buße); StPO. § 498 (Gesamthaft mehrerer Verurteilter für die Auslagen, aber nicht für die Kosten des Verfahrens und der Strafvollstreckung); CPO. § 100 (bisher § 95, mehrere als Gesamtschuldner verurteilte Beklagte haften auch für die Kostenerstattung als Gesamtschuldner).

[8]) Für rR. vgl pr. J. 3, 16: Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?“ In der Kaiserzeit wurde die Formel üblich: „spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes.“

Digitized by Google

— eine sicherere Aussicht hat, die geschuldete Leistung zu erlangen, als wenn er nur einen Schuldner hätte; und ferner darin, daß er sich an denjenigen Schuldner halten kann, bei dem er nach Erreichbarkeit und Zahlungsfähigkeit am bequemsten zu dem ihm Geschuldeten gelangen kann. In Verkennung dieses Zwecks der Gesamtschuld hatte das römische Kaiserrecht den Gesamtschuldnern die Einrede der Teilung[9]) gegeben. In Übereinstimmung mit dem ALR. (I, 5 § 432) bestimmt dagegen BGB. § 421: „Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.“[10])

---

[9]) In Novelle 99 (539 n. Chr.) führte Justinian das **beneficium divisionis** ein, dessen Tragweite für das Gemeine Recht schon seit der Glossatorenzeit streitig ist. Cap. 1 der Novelle 99 (die als Ergänzung der Novelle 4 erlassen ist, durch welche dem Bürgen das **beneficium excussionis personalis s. ordinis** gewährt wurde) beginnt: *Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς* (**Si quis enim accipiat aliquos, qui mutua fidejussione se obligent**). Man streitet nun darüber, ob sich die Novelle auf alle Korrealschuldner bezieht (Glosse, noch heute herrschende Meinung), oder nur auf Korrealschuldner, die sich wechselseitig verbürgt haben (Haloander, Savigny), oder endlich nur auf solche Korrealschuldner, die vertragsmäßig die Gesamthaft für eine Verbindlichkeit übernommen haben, welche nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse thatsächlich jeden nur zu einem Teil angeht (Bangerow, Windscheid).

Das Reichsgericht (ERG. 12, 219, ebenso Dernburg) nimmt an, daß das **beneficium divisionis** seit der Einführung der CPO. (1. 10. 1879) unpraktisch geworden ist, da das in Nov. 99 vorgeschriebene Verfahren mit den die CPO. beherrschenden Verfahrensgrundsätzen unvereinbar ist. Nach der Novelle soll der Richter nämlich auf die gegen einen Korrealschuldner gerichtete Klage die übrigen, „**si quidem et solvendo et praesentes sint**“, mitvorladen und verurteilen. Das ist bei dem die CPO. beherrschenden Selbstbetriebe der Parteien (I, 206) heute jedenfalls unausführbar.

[10]) Der Gläubiger hat also ein unbeschränktes **jus variandi**. Er kann entweder einen der Gesamtschuldner belangen oder alle in einer Klage oder alle in gesonderten Klagen. Verklagt er mehrere oder alle Gesamtschuldner in einer Klage, so sind sie doch nicht „notwendige Streitgenossen“ im Sinne des § 62 (bisher § 59) CPO., eben weil er sie nicht (wie bei der Haftung zur gesamten Hand) zusammen verklagen muß, sondern dies nur thun darf,

Digitized by Google

β. Das Gesamtschuldverhältnis hört durch die einmalige Bewirkung der geschuldeten Leistung auf. Die Erfüllung und deren Surrogate: Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung[11]) durch einen Gesamtschuldner wirken daher auch für die übrigen Schuldner (BGB. § 422), haben „objektive", „gesamtzerstörliche" Wirkung. Dies kann auch für den Erlaß zutreffen. „Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten" (§ 423). Endlich wirkt nach § 424 der Annahmeverzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner, weil diesen nach der einmal erfolgten Zurückweisung der Leistung nicht zuzumuten ist, die Leistung ihrerseits noch einmal anzubieten.

Alle anderen Thatsachen, außer der Erfüllung und den ihr gleichstehenden Umständen (Erfüllungssurrogate, objektiv gemeinter Schulderlaß, Annahmeverzug) haben

---

wenn es ihm paßt. Der allein verklagte Gesamtschuldner darf dem Gläubiger daher auch nicht die exceptio plurium litisconsortium (I, 192) entgegensetzen.

Übrigens ist nach der CPO. nicht etwa (wie nach StPO. § 13) für alle Gesamtschuldner ein Gerichtsstand an jedem Orte begründet, wo einer derselben seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Ist nicht für die Leistung als solche ein besonderer Gerichtsstand begründet (z.B. ein forum solutionis oder delicti commissi), so muß die Bestimmung des zuständigen Gerichts (forum extraordinarium I, 186[4]) nach CPO. § 36[3] durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht erfolgen. Nur für Wechselklagen ist nach CPO. § 603 (§ 566) außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der beklagten Wechselschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

[11]) Damit ist gesagt, daß eine von einem Gesamtschuldner rechtsgültig vollzogene Aufrechnung, da sie die Forderung tilgt, objektiv wirkt. Eine andere Frage ist es, ob ein Gesamtschuldner mit einer einem anderen Gesamtschuldner zustehenden Forderung aufrechnen kann. Dies wird in BGB. § 422 Abs. 2 ausdrücklich verneint, während das Gemeine Recht teilweise bejahte, wie S. 276 dargelegt.

Digitized by Google

nur subjektive Wirkung. Sie „wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile" (§ 425).[12])

---

[12]) Wie S. 356 erwähnt, lag der praktische Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligation gerade darin, daß bei der Solidarschuld nur die Erfüllung und was ihr gleich stand „gesamtzerstörlich" wirkte, während bei der Korrealschuld auch gewisse andere Thatsachen diesen Erfolg herbeiführten. Durch § 425 BGB. ist der für die Solidarschuld anerkannte Grundsatz auf beide vom BGB. einheitlich geordnete (S. 358) Arten von Gesamtschuldverhältnissen ausgedehnt und damit entfallen eine lange Reihe bisheriger Streitfragen. Besonders hervorzuheben ist die bloß subjektive Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung nach BGB. Justinian bestimmte in l. 4 C. 8, 39, daß die Unterbrechung gegen einen Korrealschuldner die Klage gegen alle erhalte. Dasselbe besagt § 440 I, 5 ALR. Dagegen ist die bloß subjektive Wirkung der Unterbrechung der Verjährung schon anerkannt in WO. Art. 80 („Die Verjährung wird nur durch Behändigung der Klage unterbrochen, und nur in Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage gerichtet ist. Jedoch vertritt in dieser Hinsicht die von dem Verklagten geschehene Streitverkündigung die Stelle der Klage"), ebenso hinsichtlich der Klage gegen die Teilnehmer einer offenen Handelsgesellschaft im alten HGB. Art. 148. Letztere Vorschrift ist als durch das BGB. § 425 verallgemeinert in das neue HGB. nicht aufgenommen (vgl. jedoch neues HGB. § 160: „Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben"). Aus dem gleichen Grunde ist WO. Art. 80 durch Art. 8[2] des Reichseinführungsges. zum (neuen) HGB. vom 10. Mai 1897 aufgehoben.

Übrigens wirken die in § 425 BGB. bezeichneten Thatsachen nur insoweit subjektiv, als sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt.

Für den Zwangsvergleich im Konkurse bestimmt KO. § 193 (bisher § 178): „Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners . . . werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt."

Digitized by Google

2. Unter einander.

Das Rechtsverhältnis der Gesamtschuldner zu einander ergiebt sich nicht aus dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses, sondern aus den ihm zu Grunde liegenden Thatsachen, so insbesondere auch die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Höhe ein Gesamtschuldner, der die Erfüllung bewirkt hat, sich an den Mitschuldnern schadlos halten, „Regreß nehmen" kann.[13]) Gemeinrechtlich ist es nun streitig, ob durch das Gesamtschuldverhältnis grundsätzlich eine Gemeinschaft unter den Gesamtschuldnern als begründet gilt, so daß der Rückgriff die Regel bildet, die nur in Ausnahmefällen verlassen wird; oder ob umgekehrt der Rückgriff nicht grundsätzlich gegeben, vielmehr eine in jedem einzelnen Fall aus dem Innenverhältnisse zu begründende Ausnahme ist. Das BGB. hat sich (ebenso wie das ALR. I, 5 § 445) der ersteren, das Regreßrecht gewährenden Ansicht angeschlossen. BGB. § 426 bestimmt: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist.[14])

---

[13]) Es kommt sehr häufig vor, daß A. sich mit B. als Gesamtschuldner für eine materiell nur B. angehende Schuld verpflichtet. Es liegt dann ein fiduziarisches Verhältnis vor. A. tritt nach außen, dem Gläubiger C. gegenüber, als Gesamtschuldner auf, während er nach innen, dem B. gegenüber, nur Bürge ist, also, falls er dem C. leistet, vollen Ersatz von B. verlangen kann. Hierhin gehört zB. das im Geschäftsverkehr sehr häufige „Gefälligkeitsakzept": B. braucht Geld, sein Freund A. kann ihm kein bares Geld geben, genießt aber Kredit. B. „zieht" nun auf A., d. h. er stellt einen Wechsel aus, den der als Trassat benannte A. akzeptiert, und B. diskontiert (S. 100[10]) alsdann diesen Wechsel bei C. A. vertraut darauf, daß B. ihm am Verfalltage „Deckung", d. h. Zahlungsmittel übergeben wird. Geschieht dies nicht, und muß A. den Wechsel aus eigenen Mitteln decken, so hat er einen Rückgriff (Revalierungsklage, actio mandati contraria) in voller Höhe gegen B. Dieser Regreßanspruch ergiebt sich aber nicht aus dem Wechsel, denn A. hat an sich sein Akzept „honoriert"; sondern er ist durch Offenlegung des dem Wechselzuge zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu begründen und im Wege des ordentlichen Verfahrens, nicht des Wechselprozesses, zu verfolgen.

[14]) Diese anderweite Bestimmung kann sich aus den zwischen den Gesamtschuldnern getroffenen Abreden oder unmittelbar aus

Digitized by Google

Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen."

Nach rR. konnte der das Ganze leistende Gesamtschuldner auch in den Fällen, in denen ein Regreß an sich nicht gegeben war, wie zB. unter Mitbürgen (l. 11 pr. C. 8, 40), den Rückgriff dadurch ermöglichen, daß er sich die Klage von dem befriedigten Gläubiger abtreten ließ. Hierzu konnte er ihn sogar zwingen (beneficium cedendarum actionum, l. 13 C. 4, 65). Das BGB. ersetzt diese cessio necessaria (wie in vielen anderen Fällen, S. 312[13]) durch eine cessio legis; § 426 Abs. 2: „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.[15]) Der Übergang

---

den ihr Verhältnis regelnden Rechtssätzen ergeben. Sie kann ferner dahin gehen, daß einer der Gesamtschuldner überhaupt nicht, oder dahin, daß sie zu anderen, als zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Aus dem BGB. sind zB. zu vergleichen §§ 840 (Haftet jemand für das Verschulden eines Anderen mit diesem als Gesamtschuldner, so ist im Innenverhältnis zwischen ihnen nur der Andere verpflichtet, also in voller Höhe regreßpflichtig), 1833 (Haftet ein Gegenvormund oder ein Mitvormund nur wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht für einen vom Vormunde verursachten Schaden, so haften sie dem Mündel als Gesamtschuldner, im Verhältnis zu einander ist aber der Vormund allein verpflichtet); und hinsichtlich der Zugrundelegung eines anderen Verteilungsmaßstabs als nach Köpfen § 748 (Teilhaber tragen im Verhältnis zu einander die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands nach Maßgabe ihrer Anteile).

Nach Gemeinem Recht und nach ALR. I, 6 § 34 wird dem Teilnehmer an einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung der Ersatzanspruch versagt. Diese (auch noch im I. Entwurf § 338 enthaltene) Rechtsnorm ist als den modernen Anschauungen widersprechend in das BGB. nicht übernommen.

[15]) Besteht zwischen den Gesamtschuldnern ein die Regreßpflicht begründendes besonderes Rechtsverhältnis, zB. Gesellschaft, so ist der Zahlende nicht auf die Geltendmachung der actio cessa des Gläubigers angewiesen, kann seinen Regreßanspruch vielmehr auch auf das unterliegende Rechtsverhältnis stützen. Dieses Wahlrecht hat zB. dann eine Bedeutung, wenn für die eine der beiden

Digitized by Google

kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden."[16])

§ 107. Mehrheit von Gläubigern.

a. Allgemeines.

Haben Mehrere eine Leistung zu fordern, so kann ihr Verhältnis zum Schuldner sich richten: entweder nach dem Prinzipe der Teilung (jeder darf einen Teil fordern) oder nach dem der Gesamthand (nur alle gemeinschaftlich dürfen das Ganze fordern) oder nach dem der Gesamtforderung (jeder Gläubiger kann die ganze, aber vom Schuldner nur einmal zu bewirkende Leistung verlangen). Welches Prinzip im einzelnen Fall anwendbar ist, das wird durch die Rechtsordnung bestimmt.

---

dem Regreßnehmer zustehenden Forderungen eine Sicherheit (Pfand, Bürge) haftet, für die andere nicht.

[16]) Haftet also zB. für die nur teilweise bezahlte Forderung eine Hypothek, so steht der zahlende Gesamtschuldner der Restforderung des Gläubigers nach. Der Übergang vollzieht sich also stets „unter Vorbehalt des Vorzugsrechts für den Überrest". Hat ferner zB. Gesamtschuldner A. nach Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Gesamtschuldners B. den Gläubiger C. wegen einer Forderung von 2000 Mk. zur Hälfte befriedigt, dann kann er für die auf ihn übergegangenen 1000 Mk. erst dann eine Zahlung aus der B.'schen Konkursmasse verlangen, wenn C. wegen der Restforderung voll befriedigt ist, d. h. nur, soweit mehr als 50% zur Auszahlung kommen. Denn C. meldet gemäß KO. § 68 (bisher § 61) die ihm zZ. der Konkurseröffnung zustehenden 2000 Mk. an. Werden 50% gezahlt, so hat er mit den von A. erhaltenen 1000 Mk. seine ganze Forderung. A. kann also auf seine bisher als bedingt — nämlich durch die Vollbefriedigung des C. — angemeldete Forderung nur die Konkursdividende über 50% beanspruchen.

Der leistende Gesamtschuldner tritt kraft des gesetzlichen Übergangs nur soweit in die Forderung des befriedigten Gläubigers ein, als er von den übrigen Ausgleichung verlangen kann. Auch durch eine ausdrückliche Cession kann der Zahlende nicht etwa die Forderung in voller Höhe erlangen und gegen die übrigen Gesamtschuldner geltend machen; denn ihm würde hierbei die exceptio doli generalis entgegenstehen.

Digitized by Google

Das BGB.[1]) unterscheidet:

1. Bei unteilbarer Leistung ist das Teilungsprinzip unanwendbar. Nach BGB. § 432 soll hier im Zweifel das Prinzip der Gesamthand gelten: „Haben Mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern." Mehrere bei einem Schuldverhältnisse mit unteilbarem Leistungsgegenstand beteiligte Gläubiger sind also nur dann Gesamtgläubiger (correi credendi), wenn dies durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist.

2. Bei teilbarer Leistung gilt grundsätzlich das Teilungsprinzip (BGB. § 420). Sollen mehrere Gläubiger also als Gesamtgläubiger oder als Gesamthänder berechtigt sein, so bedarf es einer besonderen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Bestimmung.

α. Gesamtgläubiger kraft Gesetzes sind nach BGB.[2]) mehrere Vermächtnisnehmer, unter denen der Be-

[1]) Im rR. war bei teilbarer Leistung „aktive Korrealität" kraft Rechtsgeschäfts (Stipulation) sehr üblich, trat aber nicht kraft Gesetzes ein; insbesondere galt auch (S. 362) für mehrere Miterben des Gläubigers der Satz: **nomina ipso jure sunt divisa.** Bei unteilbarer Leistung war bei einer Mehrheit von Gläubigern jeder allein forderungsberechtigt, es trat also kraft Gesetzes aktive Korrealität ein. Der Schuldner brauchte aber nur gegen Sicherheitsleistung wegen der von den übrigen Korrealgläubigern zu befürchtenden Ansprüche an den die Erfüllung fordernden Gläubiger zu leisten (l. 1 § 36, l. 14 D. 16, 3). Ob auch bloße Solidarobligationen auf der Gläubigerseite vorkommen, ist für das Gemeine Recht streitig.

Das ALR. schreibt in I, 5 § 450 ohne Unterscheidung zwischen teilbarer und unteilbarer Leistung gemeinschaftliche Ausübung (zur gesamten Hand) durch die mehreren Berechtigten vor.

[2]) Einen anderen Fall aktiver Korrealität kraft Gesetzes enthält Art. 269 des alten HGB. Bei der Gelegenheitsgesellschaft (Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung) ist jeder Teilnehmer Dritten gegenüber solidarisch (d. h. korreal, S. 358[3]) berechtigt, falls ein Teilnehmer zugleich im Auftrage und im Namen der übrigen aufgetreten ist oder alle Teilnehmer gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevoll-

Digitized by Google

schwerte (Erbe) oder ein Dritter den zu wählen hat, der das Vermächtnis erhalten soll, falls der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann (§ 2151).

β. Gesamthandsgläubiger kraft Gesetzes sind nach BGB.: die Gesellschafter hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderungen (§ 719), die Teilnehmer einer Gemeinschaft nach Bruchteilen hinsichtlich der Gemeinschaftsforderungen (§ 747) und die Miterben hinsichtlich der Nachlaßforderungen (§ 2040, also keine ipso-jure-Teilung, wie nach rR., Anm. 1).[3])

b. Rechtsverhältnisse der Gesamtgläubiger.

1. Gegenüber dem Schuldner.

α. Aus dem Begriffe der Gesamtforderung ergiebt sich, daß jeder Gläubiger dem Schuldner als Alleingläubiger gegenübersteht. Wie daher jeder Gläubiger allein die Forderung einziehen und durch Klage beitreiben kann, so wird andererseits durch einmalige Leistung des Schuldners an einen der Gläubiger die Gesamtforderung getilgt. Darin liegt die praktische Bedeutung der Gesamtforderung.

Nach älterem rR. konnte — ähnlich wie bei der Gesamtschuld, S. 355 — ein Gesamtgläubiger das Recht der übrigen schon dadurch beseitigen, daß er den Schuldner verklagte (l. 2 D. 45, 2, sog. Prinzip der Prävention). Ob die l. 28 C. 8, 40, wodurch Justinian die konsumierende Wirkung der Litiskontestation eines Gesamtschuldners mit dem Gläubiger aufhob, auch auf die Litiskontestation eines Gesamtgläubigers mit dem Schuldner zu beziehen sei, ist für das Gemeine Recht streitig. Durch BGB. § 428 ist dieser Streit dahin entschieden, daß auch noch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung

mächtigten gehandelt haben. Das neue HGB. hat diese Vorschrift nicht aufgenommen, wie es überhaupt für die Gelegenheitsgesellschaft keine Sondernormen gegeben hat, weil die allgemeinen Vorschriften des BGB. ausreichen.

[3]) Vgl. ferner § 1011, wonach Miteigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache (rei vindicatio) nur gemäß § 432, also wie bei unteilbarer Leistung, d. h. nur gemeinschaftlich, geltend machen können.

Digitized by Google

erhoben hat, der Schuldner nach seinem Belieben an einen anderen Gläubiger leisten und jeder Gläubiger bis zur vollständig geschehenen Leistung klagen kann. Der Schuldner muß, falls wegen dieser Möglichkeit mehrere vollstreckbare Urteile zu Gunsten mehrerer Gläubiger gegen ihn ergangen sind, einen derselben befriedigen und kann dann die Wirkung der übrigen Urteile durch Einwandsklage nach CPO. § 767 (bisher § 686) beseitigen.

β. Für die Frage, welche Umstände „gesamtzerstörliche" Wirkung haben und welche Thatsachen nur „subjektiv" für und gegen den Gläubiger wirken, in dessen Person sie eintreten, sind nach BGB. § 429 im Allgemeinen die für die Gesamtschuld gegebenen Vorschriften der §§ 422, 423, 425 entscheidend, wonach nur Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt,[4]) Hinterlegung, Aufrechnung und — falls dies beabsichtigt — Erlaß gesamtzerstörlich wirken. Außerdem soll aber der Verzug eines Gesamtgläubigers auch gegen die übrigen Gläubiger wirken, und ferner erlöschen bei Vereinigung von Forderung und Schuld (Konfusion, S. 241[3]) in der Person eines Gesamtgläubigers die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner.

2. Unter einander.

Das Verhältnis der Gesamtschuldner zu einander, insbesondere die Frage, ob der Gläubiger, an den die Leistung erfolgt ist, den übrigen Ausgleichung zu gewähren hat, läßt sich nur nach dem der Gesamtforderung zu Grunde

[4]) Nach l. 10 D. 13, 5 sollte das einem Gesamtgläubiger gegebene Erfüllungsversprechen (**constitutum debiti proprii**, S. 244[3]) wie eine Zahlung wirken („**quia loco ejus, cui jam solutum est haberi debet is, cui constituitur**"); die anderen Gläubiger wurden dadurch wie (mindestens nach vorjustinianischem Recht, S. 358) durch die Litiskontestation ausgeschlossen. Für das BGB. gilt dies nicht. Eine Leistung an Erfüllungsstatt kann allerdings auch in der Weise erfolgen, daß der Schuldner durch Vereinbarung mit einem Gesamtgläubiger an die Stelle des Gesamtschuldverhältnisses ein einfaches Schuldverhältnis dem Gesamtgläubiger gegenüber eingeht. Nach § 364 Abs. 2 spricht aber eine gesetzliche Vermutung gegen den zur Herbeiführung dieser Wirkung erforderlichen **animus novandi** (S. 246[3]).

Digitized by Google

liegenden Rechtsverhältnisse beurteilen. BGB. § 430 stellt jedoch — gerade wie für die Gesamtschuld, S. 366 — die Regel auf: „Die Gesamtgläubiger sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist." Der eine andere Art der Verteilung beanspruchende Genosse hat hierfür also die Beweislast.[5])

c. Rechtsverhältnisse der Gesamthandsgläubiger.

Bei der Berechtigung zur gesamten Hand (gemeinschaftlichen Berechtigung) steht nicht der einzelne Gläubiger, sondern nur die Gläubigergesamtheit dem Schuldner als berechtigt gegenüber. Der Schuldner kann daher nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten und nur alle Gläubiger gemeinschaftlich können mahnen, kündigen und klagen. Auch jede andere nur in der Person eines der Gläubiger eintretende Thatsache wirkt nicht für und gegen die übrigen Gläubiger (BGB. § 432 Abs. 2). Diese aus dem Begriffe der Gesamthand folgende Gestaltung erschwert aber die Geltendmachung der Forderung dadurch, daß eben jeder Gläubiger von der Mitwirkung der übrigen Gläubiger abhängig ist. Klagt z.B. ein Gläubiger allein, so kann der Schuldner mit der exceptio plurium litisconsortium Klageabweisung (angebrachter Maßen) verlangen. Daher hat die preußische Praxis für das ALR., nach dessen § 450 I, 5 die Berechtigung zur gesamten Hand kraft Gesetzes für alle Fälle einer Beteiligung mehrerer Gläubiger galt (S. 369[1]), dem Gesamthandsgläubiger die Ergreifung von Schutzmaßregeln zur Wahrung seines „Individualrechts" zugestanden. Dies ist vom BGB. (§§ 432, 2039) für die gemeinschaftliche Berechtigung bei unteilbarer Leistung und beim Vorhandensein mehrerer Miterben zum Gesetz erhoben. Jeder Berechtigte kann zunächst auf Leistung

[5]) Für das S. 370 besprochene Vermächtnis an Mehrere mit Bestimmungsrecht des Beschwerten oder eines Dritten ist für den Fall, daß die Bestimmung nicht getroffen werden kann, durch § 2151 letzter Satz ausdrücklich vorgeschrieben: „Der Bedachte, der das Vermächtnis erhält, ist im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet." Hier gilt also reines Präventionsprinzip.

Digitized by Google

an alle Berechtigten gemeinschaftlich klagen, ferner aber auch verlangen, daß der Schuldner eine geschuldete Sache[6]) für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet (S. 266), an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer (Sequester) abliefert. Dadurch kann jeder Gläubiger wenigstens die Folgen des Annahmeverzugs beseitigen, in den die Gläubiger durch die Weigerung eines der Berechtigten, seine zur Annahme der Leistung erforderliche Mitwirkung zu gewähren, geraten können.

[6]) Für andere Forderungsrechte, zB. auf Leistung einer Thätigkeit, ist nur die Klage auf Leistung an alle Berechtigte gemeinschaftlich möglich. In diesen Fällen bedarf es aber vielfach gar keiner Mitwirkung des Berechtigten zur Leistungsannahme (S. 258[9]), zB. wenn sich der Oberlieger mehreren Miteigentümern eines tiefer liegenden Gutes gegenüber zur Ziehung eines Grabens zwecks Regelung des Wasserabflusses verpflichtet hat.

Digitized by Google

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.[1])

Erster Titel. Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften (BGB. §§ 433—458).

§ 108. Begriff des Kaufvertrags.

a. Allgemeines.

Kaufvertrag[2]) ist der auf Umsatz von Gegen-

---

[1]) Wie S. 1[1] erwähnt, enthält der siebente Abschnitt den bisher sogenannten „Besonderen Teil des Obligationenrechts", vor allem (abgesehen vom 9., 11., 15., 23., 24., 25. Titel: Auslobung, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gemeinschaft, Vorlegung von Sachen, Ungerechtfertigte Bereicherung, Unerlaubte Handlungen) die Vorschriften über die hauptsächlichsten Vertragsarten, und zwar ohne besondere systematische Einteilung.

Bei der den modernen Rechtsverkehr beherrschenden Vertragsfreiheit (S. 197) sind die Parteien an diese typischen Verträge jedoch nicht gebunden, können vielmehr ihre vertraglichen Beziehungen durch freie Vereinbarung ordnen und dabei die das betreffende Schuldverhältnis beherrschenden Grundsätze verschiedenen „typischen" Geschäften entlehnen. Dann fragt es sich, ob beim Mangel besonderer Abreden neben den für alle Schuldverhältnisse geltenden Grundsätzen der ersten sechs Abschnitte des zweiten Buchs noch einzelne Grundsätze einer bestimmten Vertragsart (und welcher) ergänzend zur Anwendung gelangen dürfen (vgl. zB. §§ 445, 493 und unten S. 376[4]).

Wie weit ein Gesetzbuch in der Aufnahme von Musterverträgen gehen soll, ist, wie Endemann (Lehrbuch § 156) richtig bemerkt, eine Frage der Gesetzgebungspolitik. Durch das BGB. und die sonstige moderne Reichsgesetzgebung sind einzelne im Verkehr übliche, bisher nicht gesetzlich geregelt gewesene Geschäfte durch Schaffung besonderer Grundsätze zu typischen Geschäften gemacht (Differenzgeschäfte unten § 154, Abzahlungsgeschäfte S. 234[5], Handlungsagenten, HGB. §§ 84 ff. unten § 132, Lagergeschäft, HGB. §§ 416 ff. unten § 145. Andererseits sind einzelne typische Geschäfte des bisherigen Rechts durch Beseitigung der für sie geltend gewesenen Sonderrechtssätze dieses Charakters entkleidet (emptio spei und rei speratae S. 378; actio de in rem verso, Verpfändungsvertrag, Trödelvertrag, Gelegenheitsgesellschaft).

[2]) Institutionentitel 3, 23: De emptione et venditione.

Digitized by Google

ständen (Sachen oder Rechten) gegen Geld gerichtete gegenseitige Vertrag. Der Verkäufer verpflichtet sich, den Kaufgegenstand (merx) dem Käufer zur dauernden Beherrschung zu verschaffen, der Käufer soll hierfür als Gegenleistung einen Geldbetrag (Kaufpreis, pretium) leisten. Ist die Verpflichtung des einen Teils nicht auf dauernde, sondern auf nur zeitweilige Überlassung eines Gegenstands gerichtet, so liegt nicht Kauf (emptio venditio), sondern Miete oder Pacht (locatio conductio rei, unten § 118) vor. Wenn das zu gewährende wirtschaftliche Gut nicht ein „Gegenstand" ist, sondern in Dienstleistungen oder der Hervorbringung eines Arbeitsergebnisses besteht, so ist kein Kauf-, sondern ein Dienstvertrag (locatio conductio operarum, unten § 130) oder ein Werkvertrag (locatio conductio operis, unten § 136) vorhanden.[3]) Besteht die Gegenleistung für die Verschaffung eines Gegenstands nicht (oder wenigstens in der Hauptsache nicht, S. 382) in Geld, sondern in anderen Leistungen (Gegenständen oder Diensten), so spricht man nicht von Kauf, sondern von Tausch (unten § 116). Ist endlich eine Gegenleistung überhaupt nicht bedungen, so liegt eine Schenkung vor (unten § 117).[4])

Digestentitel 18, 1: De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt; 19, 1 De actionibus empti et venditi. Kodextitel 4, 38: De contrahenda emptione et venditione; 4, 49: De actionibus empti et venditi. ALR. I, 11 Erster Abschnitt: Von Kaufs- und Verkaufsgeschäften.

Der Kauf ist der hauptsächlichste synallagmatische Vertrag (S. 208). Rechte und Pflichten beider Teile sind für seinen Bestand gleich wesentlich. Die Römer drücken dies schon durch die Hervorhebung beider Seiten in der Benennung emptio venditio aus. Wir sprechen dagegen nur von „Kauf", während die Franzosen den Vertrag umgekehrt mit „la vente" bezeichnen.

[3]) Der Sprachgebrauch ist häufig ungenau. Man sagt zB.: ich habe eine Fahrkarte, ein Theaterbillet „gekauft", während hier der Preis doch nicht für das nur zur Legitimation dienende Stück Papier, sondern für das Recht auf eine Dienstleistung gezahlt wird.

[4]) Mit Rücksicht auf die heute geltende Vertragsfreiheit (S. 197) ist es ferner vielfach schwierig, zu entscheiden, welcher Geschäftsart ein bestimmter Vertrag zu unterstellen ist. Die Beurteilung dieser

Digitized by Google

b. Kaufgegenstand.

Gegenstand des Kaufvertrags kann jedes im Rechts-

Frage ist für die Regelung der Beziehungen der Vertragsparteien natürlich sehr wesentlich; es greifen zB. ganz verschiedene Grundsätze hinsichtlich der Gewährleistung und Auflösung (Kündigung) ein, je nachdem ein Überlassungsvertrag als Kauf, Werkverdingung oder Schenkung zu behandeln ist. Besonders streitig ist die Unterbringung folgender Verträge geworden:

a. Die Ausnutzungsverträge. ZB.: ein Gutsbesitzer überläßt einem Milchhändler den gesamten Milchertrag des Guts gegen einen für das Liter festgesetzten Preis (sog. Milchpachtvertrag, regelmäßig als emptio rei speratae, nicht als Pacht aufzufassen, da die Absicht der Vertragsparteien auf Überlassung der zu gewinnenden Milch gerichtet ist, nicht auf Überlassung der Kühe zwecks Nutzung); der Eigentümer eines Torfstichs überläßt dessen Ausbeutung einem Anderen gegen eine Gebühr für jedes geförderte Kubikmeter (ebenso); vgl. auch BGB. §§ 445, 493 (Anwendung der für die Haftung des Verkäufers bei Entwehrung und wegen Mängel der Sache gegebenen Vorschriften auf andere Verträge, welche auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind).

b. Der Lieferungsvertrag, d. h. ein Vertrag, durch welchen der eine Teil sich verpflichtet, dem anderen Teil eine Sache zu einem späteren Termine zu verschaffen. Das ALR. I, 11 §§ 981—987 behandelte den Lieferungsvertrag als „Vertrag über Handlungen" und unterstellte ihn (§ 984) insofern besonderen Regeln, als dem Besteller wegen veränderter Umstände ein Rücktrittsrecht gegen Entschädigung des anderen Teils wegen der bisherigen Auslagen eingeräumt wurde. Das alte HGB. Art. 338 erklärte dagegen hinsichtlich der handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte wegen vertretbarer Sachen die Bestimmungen über den Kauf für anwendbar. Diese Vorschrift ist in das neue HGB. nicht übergegangen, da das neue Reichsrecht den Lieferungsvertrag als selbständige Vertragsart nicht kennt.

c Herstellungsverträge. Verpflichtet sich der Unternehmer eines Werks, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen (zB. ich bestelle bei meinem gleichzeitig mit Stoffen handelnden Schneider einen Anzug nach Maß), so gilt der Vertrag nach Gemeinem Recht als Kauf, nach ALR. I, 11 §§ 926, 956 ff. als Werkverdingung. Das BGB. behandelt in § 651 einen derartigen Vertrag als Kauf, wenn eine vertretbare Sache herzustellen ist, sonst als Werkvertrag. Dagegen finden nach (neuem) HGB. § 381 Abs. 2 bei nach HGB. zu beurteilenden Handelsverträgen die Vorschriften über den Handelskauf auch dann Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Hierüber ist unten § 136 zu sprechen.

Digitized by Google

verkehre stehende und veräußerliche Gut sein,[5]) insbesondere körperliche (III, 274) Sachen und Rechte; unter den letzteren

[5]) l. 34 § 1 D. 18, 1: Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. Über die verschiedene Behandlung der res extra commercium nach römischem und heutigem Rechte vgl. III, 309, über den Verkauf von Teilen des eigenen Körpers III, 225, über die Unübertragbarkeit gewisser Forderungen oben S. 317.

Beim Kauf einer Sache verhält sich der Kaufvertrag zur Übergabe ebenso, wie beim Forderungskauf der Kaufvertrag zur Abtretung: der Kaufvertrag ist die causa des den Eigentumsübergang herbeiführenden (abstrakten) dinglichen Geschäfts, nämlich der Übergabe oder der Abtretung (III, 398 und oben S. 305).

Besonders behandelt sind in den römischen Quellen:

a. Der Kauf eines Freien als Sklaven; l. 34 § 2 D. 18, 1: Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: „cum servus erit", quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est ejusmodi casus exspectare;

b. der Kauf einer res furtiva; l. 34 § 3 D. 18, 1: Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit;

c. der Kauf der eigenen Sache des Käufers; l. 34 § 4 D. 18, 1: Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in judicio possessionis potior esset.

Das BGB. enthält über alles dieses keine Vorschriften; doch ist die Entscheidung zu c. der Natur der Sache nach auch heute noch zutreffend.

Die Veräußerung gewisser Gegenstände unterliegt gesetzlichen Beschränkungen (III, 328[17]). So bedürfen in Preußen die Stadtgemeinden zur Veräußerung von Grundstücken der Genehmigung des Bezirksausschusses, zur Veräußerung beweglicher Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwert haben, der Genehmigung des Regierungspräsidenten (Städteordnung vom 30. Mai 1853 § 50, Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 16). Ferner ist nach dem PrG. vom 18. August 1891 der gewerbsmäßige Handel mit Staatslotterielosen ohne staatliche Ermächtigung und nach dem PrG. vom 19. April 1884 der gewerbsmäßige Handel mit Anteilen und Abschnitten von Losen zu Privatlotterieen und Ausspielungen verboten und strafbar.

Digitized by Google

Forderungen und dingliche Rechte (zB. der Nießbrauch an einem Grundstück), Urheber-, zumal Erfinderrechte, Gewerbegeheimnisse, auch die Kundschaft eines Erwerbsgeschäfts, sowie die Firma (aber nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, HGB. § 23). Bewegliche Sachen, die regelmäßig Gegenstand von Kaufgeschäften sind, nennt man Ware (merx, l. 66 D. 50, 16). Dieser Begriff hat besonders für das Handelsrecht Bedeutung (zB. HGB. §§ 1, 93, 360, 373 ff., 383 und aus dem BGB. §§ 92, 764). Die wichtigste Art des Warenkaufs ist heute der Gattungskauf (S. 13). Den Römern war der Genuskauf anscheinend unbekannt.

Als besondere Vertragsarten sind der Erbschaftskauf (BGB. §§ 2371—2385), die Vermögensübernahme (BGB. § 419, S. 350) und der Gutsüberlassungsvertrag (II, 633) behandelt. Ohne besondere Vertragstypen darzustellen, unterliegen ferner die Kaufverträge über bestimmte Gegenstände gewissen Sonderregeln:

1. Zukünftige Sachen.

Auch zukünftige Sachen (zB. Früchte, Tierjunge) können Gegenstand eines Kaufs sein. Die Römer unterschieden hierbei zwischen emptio rei speratae und emptio spei oder alea.[6])

α. Bei der emptio rei speratae gehen die Vertragsparteien von der sicheren Erwartung aus, daß die verkaufte Sache, zB. die Ernte eines bestimmten Weinbergs, entstehen wird. Der Kauf soll nur für den Fall gelten,

---

[6]) L. 8 D. 18, 1 (Pomponius): Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascantur aut fiant, ex empto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

Digitized by Google

daß diese Voraussetzung eintritt. Giebt der Weinberg also gar keinen Ertrag, so hat der Käufer auch den Preis nicht zu zahlen.

β. Bei der emptio spei dagegen soll der Kaufpreis selbst dann gezahlt werden, wenn die gekaufte Sache überhaupt nicht zur Entstehung gelangt; zB. ein Fischhändler kauft einem ausfahrenden Fischer das Erträgnis dieser Ausfahrt für 100 Mk. ab: er muß den Kaufpreis auch dann zahlen, wenn der Fischer infolge ausbrechenden Sturms ohne Fang zurückkehrt.

Während noch das ALR. diesen Unterschied aufrechterhielt (I, 11 §§ 527 ff.: „Von gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen"), hat sich das BGB. jeder gesetzlichen Regel enthalten, weil beim Kaufe zukünftiger Sachen vom einfachen Kaufe bis zum reinen Spiel soviel Abarten möglich sind, daß nur nach dem einzelnen Falle beurteilt werden kann, welchen Grundsätzen die Parteien das Geschäft unterstellen wollten, insbesondere, ob es als bedingtes oder betagtes aufzufassen ist und welche Bedeutung die Unsicherheit des Geschäftsergebnisses (das „aleatorische Moment") auf den Bestand des Geschäfts haben soll.[7])

2. Nicht vorhandene Gegenstände.

Ist der Gegenstand zur Zeit des Kaufabschlusses nicht

---

[7]) ZB. A. kauft dem Hopfengutsbesitzer B. im Januar 1900 die Hopfenernte des Jahrs 1900 ab:

a. zu dem Preise für den Centner, der für Hopfen der erzielten Güte im Oktober 1900 als Marktpreis festgestellt sein wird;

b. für einen Preis von 100 Mk. für den Centner;

c. für einen Gesamtpreis von 10000 Mk.

Ferner: A. verkauft die Renngewinne, die er mit seinem Rennpferde Walküre im Jahre 1900 erzielen wird, an B.:

a. für einen Preis von 1000 Mk. für jeden Fall des Mitreitens;

b. für einen Gesamtpreis von 10000 Mk.

Der Verkauf von Früchten auf dem Halme war ehemals zur Verhinderung wucherlicher Ausbeutung beschränkt (II, 503, Reichspolizeiordnung von 1577: nur zum Preise zur Zeit des Kaufabschlusses oder zum Preise 14 Tage nach der Ernte). Diese gesetzlichen Vorschriften sind heute beseitigt und durch die Bestimmungen gegen den Wucher ersetzt.

Digitized by Google

oder nicht mehr vorhanden, so ist der Vertrag, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig (BGB. § 306, S. 198), und es kann höchstens eine Partei auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (S. 199) haftbar werden. Bei dem Verkauf einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet jedoch der Verkäufer gemäß § 437 für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts, so daß er für den Fall der Unmöglichkeit der Verschaffung des verkauften Gegenstands in vollem Umfange schadensersatzpflichtig wird.

Bei nachträglich eintretender oder teilweiser Unmöglichkeit finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung (S. 106 ff. und S. 199[3]).

3. Fremde Gegenstände.

Während das bisherige Recht die Frage, ob fremde, d. h. dem Verkäufer nicht gehörige, Sachen und Rechte Gegenstand eines gültigen Kaufs sein können, verschieden behandelte,[5]) ist nach BGB. die Gültigkeit eines derartigen

[5]) a. Nach rR. war der Verkauf einer fremden Sache gültig, zumal der Verkäufer nur für das habere licere einstand, nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet war (S. 398); l. 28 D. 18, 1: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.

b. Nach ALR. I, 11 § 139 wurde ein Geschäft, wobei die Parteien ausdrücklich über eine fremde Sache verhandelt haben, nicht als Kauf, sondern als Vertrag über die Handlung eines Dritten aufgefaßt. Der die Sache Veräußernde war also (I, 5 §§ 40 ff.) nur verpflichtet, darum bemüht zu sein, daß der Eigentümer die veräußerte Sache dem Erwerber überließ, und haftete nur dann für die Eigentumsübertragung selbst, wenn dies der Sinn des Vertrags war. Hatten die Parteien über die Sache nicht ausdrücklich als über eine fremde verhandelt, so war das Geschäft als Kauf gültig. Der anscheinend dagegen sprechende § 19 I, 11 („Zur Schließung eines gültigen Kaufs wird erfordert, daß der Verkäufer über das Eigentum der Sache zu verfügen berechtigt sei") kann nur den (selbstverständlichen) Sinn haben, daß der Verkäufer, damit der Kauf wirksam bleibe, Eigentümer des Kaufgegenstands sein müsse.

c. Dagegen bestimmt Code civil art. 1599: La vente de la chose d'autrui est nul. Diese Vorschrift ist eine Folge des im Code civil geltenden Grundsatzes, daß der Eigentumsübergang sich mit dem Vertragsabschlusse vollzieht (S. 178[6]), was ausgeschlossen ist, wenn der Verkäufer nicht Eigentümer des Kaufgegenstands ist.

Digitized by Google

Kaufs zweifellos. Verkauft jemand einen ihm zB. des Kaufabschlusses nicht gehörigen Gegenstand, so hat er die Pflicht zur Eigentumsverschaffung (S. 399) in gleicher Weise, als wenn der Gegenstand ihm gehört. Vermag er dieser Pflicht nicht zu genügen, so hat er dem Käufer das (positive, S. 200) Vertragsinteresse zu ersetzen; denn der Vertrag ist an sich rechtsbeständig, sonst bedürfte es ja keiner Vorschriften über die Haftung bei Entwehrung (S. 400). Nur wenn der Käufer den Mangel im Rechte des Verkäufers beim Kaufabschlusse kennt, hat der Verkäufer diesen Mangel nicht zu vertreten (§ 439 Abs. 1, S. 403).

4. Geld.

Währungsgeld (und was dem gleich behandelt wird, III, 345) kann nicht Gegenstand des Kaufs sein. Denn dieser setzt seinem Begriffe nach voraus, daß ein Austausch von Geld mit einem anderen Gegenstande stattfindet. Das Wechseln von Währungsgeld ist als Tausch zu betrachten.[9])

Soweit ein Geldstück als Spezies — also nicht in der Bedeutung eines allgemeinen Wertmessers — in Betracht kommt (zB. Siegesthaler), kann es Gegenstand des Kaufs sein (III, 350). Ebenso ist ausländisches Geld „Ware"; darauf beruht das „Geldwechslergeschäft" (HGB. §§ 1[4], 367).

c. Kaufpreis.

Die Gegenleistung des Erwerbers muß in Geld ausgedrückt sein, sonst liegt kein Kauf, sondern ein Tausch vor (unten § 116). Dagegen ist es für den Begriff des Kaufvertrags unerheblich, ob der Kaufpreis bar gezahlt oder durch Annahme an Zahlungsstatt (l. 9 C. 4, 44 S. 253), Verrechnung (S. 291) oder Übernahme von Lasten, die auf dem Kaufgegenstande ruhen (S. 345), beglichen wird. Ein Vertrag verliert auch dadurch die Natur eines Kaufvertrags

[9]) ALR. I, 11 § 373 sagte: „Wenn Geld gegen Geld gewechselt wird, so treten die Gesetze von Zahlungen ein." Gemeint war mit diesem sehr bestrittenen Satze wohl, daß der Wechselnde nur solche Geldsorten anzunehmen braucht, die er auch als Zahlung annehmen müßte.

Digitized by Google

nicht, wenn neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis — aber so, daß dieser die Hauptsache bildet — andere Leistungen bedungen werden (vgl. BGB. §§ 473, 507, l. 79 D. 18, 1, l. 6 §§ 1, 2, D. 19, 1); zB. der Gutsübernehmer verpflichtet sich außer zur Zahlung des Kaufpreises zur Gewährung eines Altenteils an den Verkäufer (II, 633).

Nach Gemeinem Recht (und ebenso nach ALR. I, 11 §§ 46 ff.) mußte der Kaufpreis „verum, certum, justum" sein. Dies gilt für das BGB. nur mit Einschränkungen.

1. Pretium certum.

Der Kaufpreis braucht nicht notwendig in Geld bestimmt zu sein, vielmehr genügt es — wie für die Leistung auf Grund eines Schuldvertrags überhaupt —, daß er bestimmbar ist, d. h. daß er in zuverlässiger Weise festgestellt werden kann (S. 203). Ausgeschlossen ist hiernach die Preisbestimmung durch die reine Willkür eines Vertragsteils. Dagegen war schon nach klassischem rR. die Preisfestsetzung durch Formeln wie „quanti Titius aestimaverit", „quanti tu emisti", „quantum in arca habeo" zulässig (l. 7 §§ 1, 2 D. 18, 1). Häufig wird als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt. Im Zweifel gilt hierbei der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart (BGB. § 453). Sehr üblich ist auch der Verkauf für einen Preis, der nach Maß oder Gewicht bestimmt ist (A. verkauft an B. seinen Acker zum Preise von 500 Mk. für den Morgen oder einen Stapel Holz zum Preise von 10 Mk. für den laufenden Meter).[10]) Bei vielen Geschäften des bürgerlichen Lebens gilt ein Kaufvertrag als geschlossen, ohne daß über den

[10]) Ist der Kaufpreis nach dem Gewichte der Ware zu berechnen, so kommt im Zweifel das Gewicht der Verpackung (Tara, italienisch, urip. arabisch = Abzug) in Abrechnung, zuweilen nach einem bestimmten Prozentsatze des Bruttogewichts (Usotara). In einzelnen Handelszweigen ist es geschäftsgebräuchlich, für schadhafte oder unbrauchbare Teile (Schmutz bei der Wolle, Abfälle beim Schlachtvieh) dem Käufer eine Vergütung (Refaktie, réfaction = Entschädigung) zu gewähren; vgl. HGB. § 380.

Digitized by Google

Kaufpreis überhaupt gesprochen worden ist,[11]) nämlich dann, wenn dessen Höhe dem billigen Ermessen oder dem Geschäftsgebrauche des Verkäufers überlassen wird (zB. ich bestelle in einem Wirtshaus ein Glas Bier, lasse bei meinem Handschuhmacher ein Paar Handschuhe, „wie ich sie das letzte Mal entnahm" holen); vgl. oben S. 204[9] und über die Verteilung der Beweislast, falls der mit Zahlung des angemessenen Preises verklagte Käufer einwendet, daß ein bestimmter Preis verabredet ist, I, 258[9] und III, 392[5].

2. Pretium verum.

Ein Kaufvertrag liegt nur dann vor, wenn der vom Erwerber versprochene Preis eine wirkliche Gegenleistung für die Verschaffung des Gegenstands bilden soll. Vielfach wird ein Schenkungsvertrag, um ihn dem Formerfordernisse (BGB. § 518) sowie der erleichterten Anfechtung (I, 639) zu entziehen, in Form eines Kaufvertrags abgeschlossen. Dann ist dieser — als simuliert — nichtig (III, 419).

3. Pretium justum.

Es ist unrichtig, daß der Preis dem Werte der Kaufsache entsprechen muß. Vielmehr kann nach BGB. ein Kauf weder vom Verkäufer wegen zu geringen, noch vom Käufer wegen übermäßigen Kaufpreises angefochten werden, abgesehen von Irrtum, Betrug und Wucher. Die bisherigen Vorschriften über die Anfechtung wegen laesio enormis sind beseitigt.[12])

---

[11]) Zuweilen ist eine Preisvereinbarung überflüssig, weil der Verkauf nur zu einem bestimmten Preise (Tarif, Taxe) erfolgen darf. So werden vor allem Arzneien nach bestimmten Taxen verkauft, ebenso können nach RGO. §§ 73—75 Bäcker und Gastwirte durch die Ortspolizeibehörde zur Aushängung von Preisverzeichnissen angehalten werden. Im übrigen ist durch § 72 der RGO. die Einführung polizeilicher Taxen verboten.

[12]) Laesio enormis.

a. Das ältere rR. ging von dem in l. 22 § 3 D. 19, 2 (Paulus) zum Ausdrucke gelangten Grundsatz aus: „in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se

Digitized by Google

circumscribere." Gemeint ist damit natürlich nicht, daß beim Kaufe gegenseitige Betrügereien gestattet sind, sondern nur, daß jeder Teil berechtigt ist, unter Ausnützung der Marktlage, der „Konjunktur", seinen Vorteil auf Kosten des anderen Teils wahrzunehmen. Dies gilt auch heute noch. Es ist insbesondere zulässig und gerade in neuerer Zeit sehr üblich, daß sich die Erzeuger einer bestimmten Ware zu einem „Ringe" zusammenthun (Kupferring, Spiritusring) und die Preise für ihre Erzeugnisse bindend festsetzen.

Wie weit bei Kaufgeschäften ein „Recht auf Wahrheit" besteht — eine Frage, deren Beantwortung auch für die Strafbarkeit nach § 263 StGB. (Betrug) vielfach von Wichtigkeit ist — läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falls entscheiden. Grundsätzlich besteht ein solches Recht nicht. Wer ein Grundstück kauft, braucht dem Verkäufer nicht zu sagen, daß eine in Aussicht genommene Eisenbahn das Grundstück durchkreuzen und dessen Wert erhöhen werde; wer Aktien verkauft, braucht dem Käufer nicht mitzuteilen, daß nach einer ihm zugegangenen Nachricht die Gesellschaft einen ungünstigen Rechnungsabschluß gemacht habe. Die Unterlassung solcher Mitteilungen wird vielfach den Grundsätzen der Sittlichkeit widersprechen, „unfair" sein. Rechtliche Folgen hat aber ein Verschweigen nur, wenn eine Rechtspflicht zur Offenbarung besteht (wie bei Versicherungsverträgen, unten § 155). Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht auch für das zum Thatbestande des Betrugs nach StGB. § 263 gehörige Merkmal der „Unterdrückung wahrer Thatsachen" festgehalten.

b. Diokletian — der in dem **Edictum de pretiis rerum venalium**, I, 117, den mißglückten Versuch machte, für die wesentlichsten Marktartikel einen gesetzlichen Höchstpreis vorzuschreiben — bestimmte in l. 2 C. 4, 44, daß der Verkäufer einen Verkauf anfechten könnte, wenn der Kaufpreis weniger als die Hälfte des wahren Werts betragen hatte, es sei denn, daß der Käufer das zum wahren Werte Fehlende nachzahlt (**facultas alternativa**, S. 20). Diokletian wollte dadurch (vermutlich) der wucherlichen Ausbeutung, insbesondere der Grundbesitzer, entgegentreten. Seit dem Mittelalter führte man dagegen dieses Anfechtungsrecht wegen übermäßiger Verletzung (**laesio enormis**) auf einen zu vermutenden Irrtum des Verkäufers zurück und gab nun folgerichtig das Anfechtungsrecht auch dem Käufer, der den erst zu erwerbenden Kaufgegenstand ja regelmäßig noch schwerer zu beurteilen vermag, als der Verkäufer. Das ALR. ging noch einen Schritt weiter und gewährte (außer bei gewagten Geschäften, gerichtlichen Verkäufen) das Anfechtungsrecht wegen übermäßiger Verletzung nur dem Käufer (I, 11 §§ 58 ff.), während der **Code civil art.** 1674 es umgekehrt nur dem Grundstücksverkäufer bei Verletzung von mehr als 7/12 einräumte.

c. Das Reichsrecht ist auf den Ausgangspunkt des älteren rR. zurückgekehrt. Schon das alte HGB. Art. 286 bestimmte:

Digitized by Google

§ 109. Abschluß des Kaufvertrags.

a. Voraussetzungen.

1. Der Kauf ist geschlossen,[1]) wenn die Personen über die wesentlichen Geschäftserfordernisse (essentialia negotii, III, 390), also über Gegenstand und Preis, einig sind. Wie schon III, 393 erörtert, ist die Einigung über die gesetzlichen Geschäftserfordernisse nicht immer für das Zustandekommen eines Vertrags genügend. Vielmehr können die Beteiligten im einzelnen Falle die Einigung über gewisse, vom Gesetz als naturalia negotii behandelte (d. h. mangels einer anderweiten Vereinbarung aus dem Gesetze zu ergänzende) Umstände zur Vorbedingung des Geschäftsabschlusses machen, so vor allem über Ort und Zeit der Erfüllung. Dann ist der Kaufvertrag erst geschlossen, wenn auch über diese Nebenpunkte Einigung erzielt ist.

2. Der Kaufvertrag bedarf regelmäßig keiner Form; natürlich kann aber die Notwendigkeit eines förmlichen Vertragsschlusses sich aus den Parteiabreden ergeben (III, 453). Vom BGB. vorgeschrieben ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung nur für den Kaufvertrag über das gegenwärtige Vermögen des Verkäufers (§ 311, S. 350), über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil am Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312, nur unter künftigen gesetzlichen Miterben zulässig,

---

„Wegen übermäßiger Verletzung, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte, können Handelsgeschäfte nicht angefochten werden." Das BGB. hat alle Vorschriften über die laesio enormis durch Nichterwähnung beseitigt. Der von Diokletian erstrebte Schutz des Verkäufers gegen Ausbeutung einer Notlage wird heute durch die Vorschriften über den Wucher erreicht (S. 46).

[1]) Die römischen Quellen reden von „perfecta est emptio" nicht schon in dem Augenblick, in welchem die Parteien infolge der Einigung über die wesentlichen Punkte des Kaufvertrags zu dessen Erfüllung verbunden sind, sondern erst von dem Zeitpunkt an, in welchem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Der Übergang der Gefahr vollzieht sich jedoch, wie S. 389[5] darzulegen ist, auch nach rR. nicht immer schon mit dem Vertragsschlusse, so zB. nicht beim aufschiebend bedingten Kaufe, sowie bei der emptio ad mensuram.

Digitized by Google

II, 757) sowie über eine angefallene Erbschaft (Erbschaftskauf, § 2371), über ein Grundstück (§ 313, jedoch wird der formlose Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen, vgl. auch AGBGB. Art. 12).

Soweit der Abschluß formlos erfolgen kann, ist nach allgemeinen Grundsätzen (III, 448) auch stillschweigende Willenserklärung und selbst Willenserklärung durch Stillschweigen zulässig. Über die Zusendung unbestellter Waren vgl. III, 451[4]. Im Handelsverkehre (besonders an der Börse) pflegt der Kaufabschluß durch „Schlußscheine" beurkundet zu werden (unten § 156).

3. Die Fähigkeit zum Abschlusse des Kaufvertrags richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften über die Handlungsfähigkeit (III, 144 ff.), doch gelten einzelne Besonderheiten.

α. Nach EGBGB. Art. 86, 88 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche den Erwerb von Rechten von mehr als 5000 Mk. Wert durch juristische Personen,[2]) sowie den Erwerb von Grundstücken durch

---

[2]) Diese Vorschriften beziehen sich vor allem auf den Verkehr mit Grundstücken (vgl. III, 181[5]).

a. In Preußen sind die bisher in verschiedenen Gesetzen zerstreuten Vorschriften (vgl. zB. für die Kirchengemeinden II, 347[3]) über den Erwerb von Grundstücken ersetzt durch Art. 7 AGBGB. vom 20. September 1899 § 1: „Juristische Personen, die in Preußen ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als fünftausend Mark der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde. Dies gilt nicht für Familienstiftungen, für juristische Personen, deren Rechtsfähigkeit auf einem neben dem BGB. bestehenden Reichsgesetze beruht, sowie für solche juristische Personen des öffentlichen Rechtes, welche nach besonderer gesetzlicher Vorschrift ohne die im Satz 1 bezeichnete Genehmigung Grundeigentum erwerben können." Die letzte Ausnahme betrifft vor allem die Stadt- und die Landgemeinden, welche zwar zur Veräußerung und Belastung (unten b.), nicht aber zum Erwerbe von Grundeigentum der staatlichen Genehmigung bedürfen (Städteordn. vom 30. Mai 1853 § 50, Landgemeindeordn. vom 3. Juli 1891 § 114).

§ 2 „Juristische Personen, die in einem anderen Bundesstaat ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als fünftausend Mark der Genehmigung des Königs

Digitized by Google

Ausländer[3]) beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen.

β. Nach BGB. §§ 456—458 dürfen der mit der Vornahme oder Leitung eines Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehülfen, mit Einschluß des Protokollführers, den zum Verkaufe gestellten Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen Anderen noch als Vertreter eines Anderen kaufen. Dies gilt auch für sonstige Fälle einer durch das Gesetz erteilten Befugnis zum Verkaufe für Rechnung eines Anderen, zB. für den Selbsthülfeverkauf in den Fällen der §§ 383, 385 BGB. (S. 267[7]), für den Pfandverkauf (§ 1228, vgl. schon l. 10 C. 8, 27) und für einen Verkauf durch den Konkursverwalter. Ein diesen Vorschriften widersprechender Verkauf ist aber nicht nichtig, sondern kann durch nachträgliche Genehmigung der Beteiligten von vornherein gültig werden. Zunächst ist nur der Käufer gebunden. Er kann jeden Beteiligten zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Wird letztere verweigert — oder was dem gleichsteht, erfolgt sie nicht binnen zwei Wochen (§§ 458, 177 Abs. 2) —, so ist der

---

oder der durch Königliche Verordnung bestimmten Behörde. Dergleichen Genehmigung bedürfen ausländische juristische Personen zum Erwerbe von Grundstücken ohne Rücksicht auf den Wert des Grundstücks." Die verschiedene Behandlung der deutschen und der nichtdeutschen juristischen Personen ist dadurch ermöglicht worden, daß in Art. 86, nicht aber in Art. 88 EGBGB., die landesgesetzlichen Vorschriften nur soweit aufrechterhalten sind, als sie Gegenstände von mehr als 5000 Mk. betreffen. Gemäß EGBGB. Art. 218 könnten daher auch neue Landesgesetze nur mit dieser Schranke erlassen werden.

b. Den juristischen Personen des öffentlichen Rechts (insbesondere den Kommunen und Kommunalverbänden, s. o., ferner II, 471 und III, 203[6]) ist die Veräußerung von Grundstücken nur mit Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde gestattet. Diese Vorschriften sind als dem öffentlichen Recht angehörend unberührt geblieben (EGBGB. Art. 55).

[3]) In Preußen bestehen für natürliche Personen (bezgl. der juristischen Personen vgl. Anm. 2) solche Vorschriften nicht mehr (II, 457[2], PrG. vom 28. Mai 1874).

Digitized by Google

Käufer frei, haftet aber für die Kosten des neuen Verkaufs und einen etwaigen Mindererlös.[4])

b. Folgen.

1. Übergang der Gefahr.

Mit dem Abschlusse des Kaufvertrags entstehen für die Beteiligten die unten (§§ 110, 111) zu erörternden Rechte und Pflichten. Dagegen hat das BGB. im Anschluß an das deutsche Recht (II, 502) den Grundsatz des Gemeinen Rechts verworfen, daß mit dem Abschlusse des Kaufvertrags auch die Gefahr der Kaufsache regelmäßig auf den Käufer übergehe (periculum est emptoris, oben S. 126).[5]) Vielmehr geht nach BGB. § 446 die

---

[4]) L. 34 § 7 D. 18, 1 bestimmte: **Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum et ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.** Nach BGB. kann der Vormund sehr wohl einen Gegenstand des Mündels erwerben, nur kann er hierbei den Mündel nicht vertreten (III, 555). Das BGB. hat ferner weder das römischrechtliche Verbot des Erwerbs einer Forderung gegen den Mündel noch die Vorschrift der PrVO. § 40 übernommen, daß der Vormund eine auf seinem Grundstücke haftende Hypothek oder Grundschuld für den Mündel nicht erwerben darf.

Da das Bergrecht zu den dem Landesrechte vorbehaltenen Rechtsgebieten gehört (EGBGB. Art. 67), so ist auch zB. § 195 des Pr.Allgem.Berggef. vom 24. Juni 1865 aufrechterhalten: „Die Bergbeamten des Staats, deren Frauen und unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder können im Verwaltungsbezirke der ersteren durch Mutung keine Bergwerke oder Kuxe erwerben. Zu solchen Erwerbungen durch andere Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist die Genehmigung des Handelsministers erforderlich" (II, 646[12]).

[5]) Digestentitel 18, 6, Codextitel 4, 28: **De periculo et commodo rei venditae.** Der innere Grund dieser, nur für den Kauf und für sonstige Veräußerungsgeschäfte, nicht auch zB. für die Miete (**periculum est locatoris**, oben S. 125) geltenden Regel ist, wie S. 214[4] dargelegt, streitig. Von manchen wird übrigens, wie dort erwähnt, die Quellenmäßigkeit der Regel überhaupt bestritten; sie ist aber vielfach mit vollster Klarheit ausgesprochen, so zB. in § 3, I. 3, 23: **Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.** Ferner in der berühmten l. 8 pr. D. 18, 6: **Necessario sciendum est, quando**

Digitized by Google

Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung erst mit der Übergabe der verkauften Sache

---

perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.

Der Satz periculum est emptoris erlitt freilich nach rR. einige Ausnahmen.

a. Wie die letzte Stelle zeigt, war die unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene emptio venditio zwar „contracta", wurde aber erst mit Eintritt der Bedingung „perfecta", (S. 385[1]). War in diesem Augenblicke die Kaufsache daher nicht mehr vorhanden, so war der Kaufvertrag hinfällig; war sie aber vorhanden, so mußte sie der Käufer nehmen, wie sie war. Er trug also während des Schwebens der Bedingung zwar die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber die des Untergangs. Als bedingt galt auch ein Kauf, bei dem der Preis erst durch ein Zählen, Wägen oder Messen ermittelt werden muß, l. 35 § 5 D. 18, 1: In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint.

b. Nach l. 8 pr. D. 18, 6 gilt die emptio venditio erst als perfecta „si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit". Wurde also etwas aus einer Masse heraus verkauft, so galt der Kauf erst mit der Ausscheidung als „perfekt", und erst dann ging die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung auf den Käufer über, l. 2 C. 4, 48. Wurde dagegen eine Masse oder ein Inbegriff für einen Gesamtpreis verkauft (Kauf in Bausch und Bogen, per aversionem), so ging die Gefahr schon mit dem Kaufabschluß auf den Käufer über (l. 62 § 2 D. 18, 1).

c. Vgl. endlich die schwierige („Africani lex", I, 129) l. 33 D. 19, 2: . . . si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto (auf Rückzahlung des Kaufpreises). Diese Entscheidung läßt sich (Hartmann) dadurch erklären, daß hier ein „juristischer", kein „faktischer" casus vorliegt. Die Abweichung der lex cit. von der ähnlichen l. 11 pr. D. 21, 1 — S. 399[5] — beruht auf der im letzteren Falle bereits erfolgten Übergabe.

Der Code civil, nach welchem durch den Vertragsschluß das Eigentum des Kaufgegenstands sofort auf den Käufer übergeht (S. 178[6]), sowie das Sächsische BGB. folgen dem rR. Dagegen ließ das ALR. I, 11 §§ 95, 100, abgesehen vom Kauf in Bausch und Bogen und bei einer Zwangsversteigerung, und das Österreichische BGB. die Gefahr erst mit der Übergabe übergehen.

Digitized by Google

auf den Käufer über.[6]) Nach dem Grundsatz ejus commodum esse debet, cujus periculum est (S. 125) gebühren dem Käufer ferner erst von der Übergabe an die Nutzungen, wie er auch von diesem Zeitpunkt an die Lasten der Sache trägt. Bei Grundstückskäufen treten diese Wirkungen schon mit der Eintragung des Käufers als Eigentümers ein, falls diese der Übergabe voraufgeht.[7])

In der Abweisung des Grundsatzes **periculum est emptoris** und in der Annahme des (ebenfalls im ALR. I, 11 § 135 anerkannten) Eigentumsverschaffungsprinzips (S. 399) liegen die wichtigsten Abweichungen des BGB. vom Gemeinen Rechte bezüglich des Kaufs.

Über den Gefahrübergang beim Gattungskaufe vgl. S. 17, beim Wahlkaufe S. 22[8], bei der **emptio spei** und **rei speratae** S. 379.

[6]) Z.B.: A. kauft von B. dessen Jagdhund Wotan für 500 Mk. und vereinbart mit ihm, daß Wotan nach Schluß der Jagdzeit auf Hasen übergeben werden soll. Bei der letzten Treibjagd wird Wotan auf unaufgeklärte Weise totgeschossen. Nach Gemeinem (französischem, sächsischem) Rechte muß A. an B. die 500 Mk. zahlen, nach BGB. (und ALR.) nicht. Denn nach BGB. gilt auch für den Kaufvertrag der in § 323 für alle gegenseitigen Verträge aufgestellte Grundsatz, daß nur *der* Teil die Gegenleistung zu beanspruchen hat, der die ihm obliegende Leistung vertragsmäßig zu bewirken vermag: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung in Folge eines Umstands unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung" (S. 214). Wenn also diese Regel in § 446 Satz 1 in besonderer Anwendung auf den Kauf wiederholt ausgedrückt ist, so geschah dies wegen der Wichtigkeit der Abweichung von dem bisherigen Recht und zwecks Gegenüberstellung mit den für den Grundstückskauf im Absatz 2 gegebenen Sondervorschriften (Anm. 7 b.) Für den Fall des von einer Seite zu vertretenden Untergangs kommen die allgemeinen Vorschriften der §§ 324, 325 zur Anwendung (S. 215).

[7]) Das rR. ließ von der von ihm festgehaltenen Regel des sofortigen Übergangs der Gefahr mit Abschluß des Kaufvertrags Ausnahmen zu (S. 389[5]). Umgekehrt ist nach BGB. — abgesehen davon, daß die Parteien natürlich den Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch *Rechtsgeschäft* ordnen können — die Gefahr in gewissen *Ausnahmefällen schon vor der Übergabe* an den Käufer von diesem zu tragen.

a. Ist der Käufer im *Annahmeverzuge*, so trifft ihn nach dem allgemeinen Grundsatze des § 323 Abs. 2 die Gefahr (S. 153). Für Gattungskäufe vgl. § 300 Abs. 2 (S. 19[9]).

Digitized by Google

2. Übergang des Eigentums.

Der Abschluß des Kaufvertrags hat nach BGB.

b. Die bisher streitige Frage (ERG. 7, 241), ob bei Grundstückskäufen der Augenblick der Übergabe (als der Erlangung der thatsächlichen Verfügungsgewalt) oder der der Eintragung im Grundbuch (als der Erlangung des Eigentums, gemäß dem Grundsatze „casum sentit dominus", S. 52) für den Übergang der Gefahr auf den Käufer maßgebend ist, wird durch BGB. § 446 Abs. 2, wie im Texte dargelegt, dahin gelöst, daß der früher eintretende Umstand entscheidet. Durch diese Regelung wird freilich für Grundstückskäufe die berühmte Streitfrage des Gemeinen Rechts erhalten, wie sich die Tragung der Gefahr bei mehrfachem Verkaufe regelt? ZB. A. verkauft an B. durch (notariellen, § 313) Vertrag vom 1. Oktober sein Hausgrundstück X. für 20000 Mk. und übergiebt es ihm; darauf verkauft er X. am 2. Oktober dem C. für 25000 Mk. und läßt es ihm sofort auf, C. wird noch am 2. Oktober als Eigentümer eingetragen. Am 3. Oktober brennt das unversicherte Haus ab. Wer trägt den Schaden? Nach Schollmeyer kann A. von beiden Käufern, nach Cosack von keinem von beiden, nach Endemann nur von B., nach Planck nur von C. Zahlung beanspruchen. M. E. kann A. den Kaufpreis nur einmal beanspruchen. Es bestehen zwar zwei gültige Kaufverträge, kraft deren der Käufer den Kaufpreis zahlen muß, ohne die inzwischen eingetretene Verschlechterung des Grundstücks bemängeln zu können. Aber andererseits braucht keiner der Käufer anders zu zahlen, als Zug um Zug gegen Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflichten, nämlich (BGB. § 433, S. 399) zur Eigentumsverschaffung (Eintragung) und zur Herrschaftsverschaffung (Übergabe). Daher braucht B. nur den (vollen) Kaufpreis zu zahlen, wenn A. ihm das übergebene Grundstück auch auflläßt, und C. nur, wenn A. ihm das aufgelassene Grundstück auch übergiebt. A. hat also die Wahl, den Kaufvertrag dem B. gegenüber aufrecht zu erhalten, indem er den C. veranlaßt, das Grundstück dem B. aufzulassen, oder dem C. gegenüber, indem er sich das Grundstück von B. zurückgeben läßt, und es dem C. übergiebt. Ist das Grundstück freilich verschwunden (Erdrutsch, Sinken einer Insel), eine Übergabe also nicht mehr möglich, so kann er sich nur an B. halten.

Für den Kauf eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung bestimmt ZwVG. vom 24. März 1897 § 56: „Die Gefahr des zufälligen Untergangs geht in Ansehung des Grundstücks mit dem Zuschlag, in Ansehung der übrigen Gegenstände mit dem Schlusse der Versteigerung auf den Ersteher über. Von dem Zuschlag an gebühren dem Ersteher die Nutzungen und trägt er die Lasten."

c. In Verallgemeinerung des (in das neue HGB. daher nicht übernommenen) Art. 345 des alten HGB. und im Einklange mit ALR. I, 11 §§ 128 ff. bestimmt BGB. § 447 hinsichtlich der Transportgefahr bei Distanzgeschäften (S. 89): „Versendet

Digitized by Google

(ebenso wie nach rR. und ALR., vgl. S. 178) nur obligatorische, in den folgenden Paragraphen näher zu erörternde

---

der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort, als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich." Der Käufer trägt jedoch die Transportgefahr nur dann schon von der Auslieferung an, wenn nicht der Ablieferungsort für den Verkäufer Erfüllungsort ist. Verkauft also A. in Essen an B. in Berlin Kohlen, so trägt B. (Käufer) die Transportgefahr, wenn — was nach dem Gesetze zu vermuten, S. 87 — Essen, A. (Verkäufer), wenn — was besonders zu vereinbaren — Berlin Erfüllungsort ist; die Übernahme der Versendungskosten ist für die Bestimmung des Erfüllungsorts bedeutungslos, BGB. § 269 Abs. 3 (S. 89).

Bei Gattungskäufen kommt die Regel des § 447 gemäß § 243 Abs. 2 (S. 19) nur dann zur Anwendung, wenn der Verkäufer durch die Auslieferung das „seinerseits Erforderliche" gethan hat. Dies ist zB. nicht der Fall, wenn die ausgelieferte Ware nicht vertragsmäßig war oder wenn trotz der Absendung eine Individualisierung des Kaufgegenstands nicht erfolgt; zB. bei A. in Bochum bestellen B. C. D. und E. aus Berlin je 50 Ctr. Kohlen. A. schickt eine Lowry Kohlen von 200 Ctr. an die Adresse seines Spediteurs F. in Berlin mit der Anweisung, davon je 50 Ctr. an B. C. D. E. abzurollen. Gehen die Kohlen auf dem Transporte zu Grunde, so trifft der Schaden den Verkäufer A.

d. Für den Erbschaftskauf bestimmt BGB. § 2380 in Übereinstimmung mit ALR. I. 11 § 474: „Der Käufer trägt von dem Abschlusse des Kaufs an die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände. Von diesem Zeitpunkt an gebühren ihm die Nutzungen und trägt er die Lasten."

e. Keine Sonderregeln enthält das BGB. für den Übergang der Gefahr bei bedingten Kaufverträgen. Es kommen also die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung.

1. Die Wirkung des aufschiebend bedingten Kaufvertrags tritt — mangels anderweitiger rechtsgeschäftlicher Bestimmung, § 159 — erst mit dem Eintritte der Bedingung, also ohne Rückziehung ein (§ 158 Abs. 1, III, 531). Erst von diesem Augenblick an geht also die Gefahr über. Ist die gekaufte Sache jedoch schon vorher übergeben worden, so wird häufig die Absicht der Beteiligten sein, daß der Eintritt der Bedingung zurückwirken soll.

Digitized by Google

Wirkungen.[8]) Zur Herbeiführung des Eigentumsübergangs, also der dinglichen Leistung, bedarf es des Hinzutretens eines weiteren Umstands:[9]) der Übergabe (bei beweglichen Sachen), der Eintragung (bei unbeweglichen Sachen) oder der — regelmäßig mit dem Kaufvertrage zusammenfallenden (S. 377[5]) — Abtretung (bei Forderungen).

Dagegen hat das BGB. (ebenso auch schon ALR.) den Grundsatz des rR. nicht aufgenommen, daß das Eigentum der verkauften und übergebenen Sache erst dann auf den Käufer übergeht, wenn der Kaufpreis gezahlt oder sicher gestellt oder gestundet ist.[10]) Soll also das Eigen-

2. Die Wirkung eines auflösend bedingten Kaufvertrags tritt sofort mit dessen Abschluß ein. Es kommt also für den Gefahrübergang die Regel des § 446 zur Anwendung, wonach der Käufer die Gefahr trägt, sobald ihm die Sache übergeben ist (§ 158 Abs. 2, III, 534). Beim Eintritte der auflösenden Bedingung tritt ebenfalls keine Rückwirkung ein. Da in der Zwischenzeit zwischen Übergabe und Rückgabe die Sache auf Gefahr des Käufers stand, so kann dieser den gezahlten Kaufpreis nicht oder nicht ganz zurückverlangen, wenn er die Sache nicht oder nicht unbeschädigt zurückgeben kann.

f. Keine Sondervorschriften hat das BGB. für den Kauf in Bausch und Bogen (zB. eines Landguts mit Inventar, einer Bibliothek, eines Warenlagers für einen Gesamtpreis). Nach ALR. I, 11 §§ 117 ff. ging die Gefahr der Verschlechterung (durch Untergang einzelner Sachen) bereits vom Vertragsschlusse, die Gefahr des Untergangs des Gesamtgegenstands aber erst mit der Übergabe auf den Käufer über. Nach BGB. entscheidet gemäß § 446 die Übergabe. Jedoch wird meist als Absicht der Parteien festzustellen sein, daß der Untergang oder die Verschlechterung einzelner Sachen, soweit dadurch der Gesamtgegenstand nicht erheblich beeinflußt wird, bedeutungslos sein soll.

[8]) Dagegen wird nach Code civil der Käufer durch den bloßen Vertragsschluß Eigentümer, oben S. 178[6].

[9]) Nur bei der Zwangsversteigerung unbeweglicher Sachen wird der Ersteher schon durch Verkündung des den Kaufabschluß vollendenden Zuschlagsbeschlusses Eigentümer des verkauften Grundstücks und der Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat (ZwVG. § 90.).

[10]) Vgl. u. a. l. 19 D. 18, 1: „Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione“. Der innere Grund dieser bereits in den XII Tafeln (§ 41 J. 2, 1) erwähnten, vielleicht dem griechischen Recht entnommenen Vorschrift wird von manchen auf die natürliche Billigkeit, von anderen auf eine zu vermutende Parteiabsicht zurückgeführt.

Digitized by Google

tum des Kaufgegenstands trotz des Hinzutretens des die Dinglichkeit herbeiführenden Umstands nicht auf den Käufer übergehen, so bedarf es einer besonderen Vereinbarung der Beteiligten, des sog. Vorbehalts des Eigentums (pactum reservati dominii).

α. Für bewegliche Sachen bestimmt BGB. § 455: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt." Der Eigentumsvorbehalt hat also die Bedeutung:[11])

a. in dinglicher Beziehung (für den Eigentumsübergang), daß der Verkäufer bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises Eigentümer bleibt;[12])[13])

---

[11]) Gemeinrechtlich war streitig, ob das **pactum reservati dominii** die Bedeutung einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung habe. Das ALR. I, 11 §§ 266 ff., das — abweichend vom BGB. — den Eigentumsvorbehalt bei beweglichen Sachen nur für den Fall der Festsetzung eines bestimmten Zahlungstermins kennt, behandelt den Vorbehalt als auflösende Bedingung.

[12]) Der Eigentumsvorbehalt findet besonders häufig Verwendung im Abzahlungsverkehre (vgl. § 5 des RG. betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, oben S. 234[6]), weil dadurch dem Verkäufer ohne erhebliche Gefahr die Möglichkeit gewährt wird, auch einem wirtschaftlich schwachen Käufer den Kaufpreis zu kreditieren. Wenn A. z.B. dem Schneider B. eine Nähmaschine verkauft und übergiebt, sich aber das Eigentum daran bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises vorbehält, so bleibt er gemäß BGB. § 455 Eigentümer. Er ist dadurch einerseits gegen den Zugriff anderer Gläubiger des B. geschützt. Läßt z.B. dessen Gläubiger C. die Maschine pfänden, (was nach CPO. § 811[5] freilich nur zulässig ist, wenn sie nicht für B.s persönliche Thätigkeit unentbehrlich ist), so kann A. „intervenieren" (I, 552), d. h. sein Eigentumsrecht auf Grund des Vorbehalts im Wege einer Widerspruchsklage gemäß CPO. § 771 gegen C. durchsetzen und die Beseitigung der Pfändung des C. beanspruchen. Verfällt B. in Konkurs, so kann A. ferner das Aussonderungsrecht hinsichtlich der Nähmaschine geltend machen (I, 620). Andererseits ist A. aber auch gegen unberechtigte Verfügungen seines Schuldners B. einigermaßen gesichert.

Digitized by Google

b. in obligatorischer Beziehung (für den Bestand des Kaufvertrags), daß der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers zum Rücktritte mit den S. 144 erörterten Wirkungen berechtigt ist; d. h. der Eigentumsvorbehalt gilt kraft Gesetzes als Verwirkungsklausel (S. 233).

β. Für Grundstücke sind Sonderregeln nicht gegeben. Die Bedeutung eines Eigentumsvorbehalts ist hierbei also unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze nach der im einzelnen Falle zu ermittelnden Absicht der Beteiligten festzustellen. Da das Eigentum an Grundstücken nur durch Auflassung übertragen wird, diese aber unter einer Bedingung unzulässig ist (III, 513), so wird der Eigentumsvorbehalt in dinglicher Beziehung regelmäßig die Bedeutung haben, der Käufer solle in Abt. II den Vermerk eintragen lassen, daß bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Verkäufer Rückauflassung des Grundstücks solle fordern dürfen. Die Absicht der Beteiligten kann aber auch dahin gehen, daß Käufer das Restkaufgeld bis zur Zahlung (in der III. Abt.) als Hypothek eintragen lassen solle.[14])

Denn da die Nähmaschine noch nicht in B.s Eigentum übergegangen ist, würde B. sich der Unterschlagung (StGB. § 246) schuldig machen, wenn er die Maschine verkauft oder versetzt (d. h. beim Pfandleiher verpfändet). Civilrechtlich ist freilich A. gegen unberechtigte Verfügungen B.s nur mangelhaft geschützt. Denn da der gutgläubige Erwerber vom Nichtberechtigten Eigentum und Pfandrecht erwirbt (BGB. § 932, II, 596), so versagt die Wirkung des Eigentumsvorbehalts einem gutgläubigen Dritten gegenüber.

[13]) Beim Eigentumsvorbehalt ist gemäß BGB. § 455 der Eigentumsübergang, nicht der Kaufvertrag selbst, aufschiebend bedingt. Ist die Sache also übergeben, so trägt der Käufer, obgleich er noch nicht Eigentümer ist, die Gefahr (S. 389).

Nur im Zweifel gilt der Eigentumsübergang als durch die Preiszahlung aufschiebend bedingt. Die Parteien können also auch vereinbaren, daß das Eigentum sogleich übergehen und der Zahlungsverzug die Bedeutung einer auflösenden Bedingung haben soll.

[14]) Nach bisherigem preuß. Rechte galt dies sogar kraft Gesetzes; vgl. EGG. § 26: „Der bei der Veräußerung eines Grundstücks zur Sicherstellung einer Forderung bedungene Vorbehalt des Eigentums gewährt dem Veräußerer nur das Recht, für die bestimmte Summe eine Hypothek auf das Grundstück eintragen zu lassen."

Digitized by Google

§ 110. Pflichten des Verkäufers.

Aus dem Kauf als einem gegenseitigen Vertrag entstehen für beide Parteien Rechte und Pflichten. In Rom machte der Verkäufer seine Ansprüche mit der actio venditi, der Käufer die seinen mit der actio empti geltend.[1]) Ort und Zeit der Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen richten sich nach den allgemeinen Vorschriften.

Nach BGB. § 433 hat der Verkäufer die Pflicht zur Übergabe und zur Rechtsverschaffung, der Käufer die Pflicht zur Preiszahlung und zur Abnahme der gekauften Sache.

a. Pflicht des Verkäufers zur Übergabe.

Gemäß BGB. § 433 — wie nach allen bisherigen Rechten — hat der Verkäufer einer (körperlichen) Sache diese dem Käufer zu übergeben. Ist Gegenstand des Kaufs ein Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt (zB. ein Miet- oder Pachtrecht oder eine Forderung, die durch ein bewegliches Pfand gesichert ist, vgl. jedoch S. 327), so ist auch diese Sache zu übergeben.[2]) Über die dem Verkäufer vielfach obliegende Pflicht zur Übersendung vgl. S. 392[7].

Der Kaufgegenstand muß in dem den Parteiabreden oder mangels solcher den gesetzlichen Vorschriften (zB. § 243, S. 16) entsprechenden Zustand übergeben werden, also vor allem mit seinem Zubehör, auf das sich gemäß BGB. § 314 jeder Veräußerungsvertrag im Zweifel erstreckt (ebenso l. 13 § 31, ll. 14—18, l. 38 § 2 D. 19, 1). Für den Übergang der Früchte und Nutzungen ist, wie

---

[1]) Digestentitel 19, 1, Codextitel 4, 49: De actionibus empti venditi.

[2]) Die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsorte fallen dem Käufer zur Last. Hiernach ist zB. nach BGB. mangels besonderer Abrede für die zur Feststellung des verbrauchten Leitungswassers oder Gases aufgestellten Messer keine Miete zu zahlen (jüngst streitig geworden).

Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Übertragung des Rechts dem Verkäufer zur Last (§ 448).

Digitized by Google

schon S. 390 erwähnt, der Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr entscheidend, also (grundsätzlich) nach rR. der Kaufabschluß, nach ALR. und BGB. die Übergabe; vgl. jedoch BGB. § 101 (III, 303).

Der Kaufgegenstand muß ferner die aus dem Kaufvertrage, nötigenfalls aus dem Gesetz erhellenden Eigenschaften haben. Die Rechtsfolgen der Übergabe einer mangelhaften Sache sind unten §§ 112 ff. eingehend zu erörtern.

b. Pflicht des Verkäufers zur Rechtsverschaffung.

1. Allgemeines.

Der Kaufvertrag bezweckt, dem Käufer einen Gegenstand zu Eigentum zu verschaffen. Dies gilt sowohl nach rR. (vgl. zB. l. 80 § 3 D. 18, 1), als auch nach BGB. Aber das BGB. steht hinsichtlich der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen der Käufer die Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung geltend machen kann, auf einem vom rR. grundsätzlich abweichenden Standpunkte.

α. Das rR. beruht auf dem Entwehrungsprinzip. Es geht von folgendem Gedanken aus: Ist der Käufer in den Besitz des Kaufgegenstands gesetzt, so hat der Verkäufer zunächst seiner Pflicht genügt. Ist das Eigentum am Kaufgegenstande trotz der Übergabe nicht oder nur mit gewissen, dem Kaufvertrag oder dem Gesetze nicht entsprechenden Beschränkungen auf den Käufer übergegangen, weil bei dem Verkäufer ein Mangel im Rechte (fehlendes oder durch fremde dingliche Rechte beschränktes Eigentum) vorlag, so kann der Käufer doch erst dann gegen den Verkäufer Ansprüche wegen der mangelhaften Rechtsverschaffung erheben, wenn der Kaufgegenstand durch den dritten Berechtigten dem Käufer entzogen („evinciert", „entwehrt") worden ist. Das bloße Vorhandensein fremder Rechte giebt dem Käufer also nach rR. noch keine Gewährleistungsansprüche. Das rR. hält das Interesse des Käufers vielmehr für genügend gewahrt, wenn es den Käufer verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die

Digitized by Google

Sache dem Käufer nicht entzogen werde („praestare ut emptori rem habere liceat"; l. 11 § 2, l. 30 § 1 D. 19, 1).

Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs des Käufers wegen eines Rechtsmangels sind hiernach nach rR.:[3])

a. Der Kaufgegenstand muß dem Käufer im Rechtsweg entzogen (evinciert) sein;[4])

---

[3]) Digestentitel 21, 2: De evictionibus et duplae stipulatione; Codextitel 8, 44: De evictionibus.

[4]) a. Es mußte also grundsätzlich ein Prozeß (vor Gericht, nicht vor einem Schiedsrichter, l. 56 § 1 D. 21, 2) über den Kaufgegenstand zwischen dem Käufer und dem Dritten geschwebt haben und zu Ungunsten des Käufers entschieden sein; und es mußte dem Käufer ferner der Besitz des Kaufgegenstands auf Grund dieses Urteils entzogen sein. Da das zwischen dem Käufer und dem Dritten ergangene Urteil jedoch dem Verkäufer gegenüber nicht ohne weiteres Recht schaffte, so konnte der Verkäufer dem ihn regreßpflichtig machenden Käufer gegenüber einwenden, daß das Urteil ungerecht sei oder daß der Dritte infolge schlechter Prozeßführung des Käufers gesiegt habe. Einer solchen exceptio mali processus (I, 236) konnte der Käufer dadurch vorbeugen, daß er, nachdem er vom Dritten verklagt worden war, dem Verkäufer den Streit verkündete (Litisdenuntiation, I, 235). Diese Streitverkündung war nach rR. — wenigstens wenn der Verkäufer erreichbar war, l. 56 § 5 D. 21, 2 — sogar eine Pflicht des Käufers (vgl. zB. l. 53 § 1 D. 21, 2), deren Verletzung nach manchen (vgl. l. 8 C. 8, 44) den Gewährleistungsanspruch des Käufers überhaupt beseitigte. Nach der vorstehend vertretenen herrschenden Meinung dagegen war die Folge des Unterbleibens der Streitverkündung nur, daß der Käufer in die ungünstige Lage kam, dem Verkäufer beweisen zu müssen, daß der Dritte auch bei rechtzeitiger Streitverkündung gesiegt haben würde.

b. Nach der herrschenden Meinung war jedoch eine gerichtliche Verurteilung nicht unbedingte Voraussetzung des Eviktionsanspruchs. Vielmehr sollte dieser auch dann begründet sein, wenn der Käufer den Kaufgegenstand dem Dritten freiwillig herausgiebt, weil dessen Recht klar zu Tage lag und ein Prozeß zwecklos gewesen wäre. Natürlich mußte der Käufer dies beweisen.

c. Ausnahmsweise fand — wie Eck (Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums) erwiesen hat — auch nach rR. ein Gewährleistungsanspruch des Käufers statt, ohne daß ihm die Sache abgestritten ist:

1. Wurde der Käufer einer fremden Sache später (zB. durch Beerbung oder Abfindung des Berechtigten) deren Eigentümer, so

Digitized by Google

b. die Eviktion muß ihren Grund in einem Rechtsmangel haben, für den der Verkäufer einzustehen hat.[5])

β. Dagegen beruht das BGB. (wie schon das ALR. I, 11 § 31 und der Code civil) auf dem Verschaffungsprinzipe. Der Verkäufer einer Sache hat dem Käufer das Eigentum an der Sache,[6]) der Verkäufer eines Rechts hat dem Käufer das Recht[7]) zu verschaffen (§ 433)

---

brauchte er den Kaufpreis nicht zu zahlen und konnte den etwa bereits bezahlten mit der actio empti zurückfordern (l. 9, 29 pr., 41 § 1 D. 21, 2).

2. Wurde gegen den Käufer ein Eviktionsanspruch zu einer Zeit erhoben, zu welcher er das Kaufgeld noch in Händen hatte, so konnte er dessen Zahlung verweigern, es sei denn, daß der Verkäufer ihm Sicherheit leistete (sog. exceptio evictionis imminentis, l. 19 § 1 D. 18, 6, l. 24 C. 8, 44).

3. Verkaufte jemand wissentlich eine fremde Sache, so haftete er dem Käufer sofort (l. 30 § 1 D. 19, 1).

[5]) Von einem Eviktionsanspruche war also nach rR. jedenfalls dann keine Rede, wenn der Kaufgegenstand aus einem erst nach dem Kaufabschluß entstandenen Grunde dem Käufer entwehrt wurde, zB. in Folge einer Ersitzung (l. 56 § 3 D. 21, 2) oder Enteignung (l. 11 pr. D. 21, 2, oben S. 389[5]); vgl. auch l. 27 D. 21, 2.

Ferner begründete aber nach rR. auch nicht jeder Rechtsmangel einen Gewährleistungsanspruch. Zunächst galten Rechte Dritter, die dem Käufer beim Erwerbe bekannt waren, als von ihm übernommen, falls er nicht Gewährleistung ausbedang (l. 27 C. 8, 44, ebenso BGB. § 439 Abs. 1, S. 403). Sodann haftete der Verkäufer für Grundgerechtigkeiten nur, wenn er Servitutenfreiheit ausdrücklich zugesagt (mit der Formel „fundus optimus maximusque", l. 59 D. 18, 1) oder arglistig gehandelt hatte (anders nach BGB., S. 403).

[6]) Bei einem Grundstücke gehört hierzu die Auflassung, deren Kosten jedoch gemäß § 449 der Käufer zu tragen hat. Ferner ist der Verkäufer nach § 444 verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten, die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.

[7]) Wie schon S. 329 erwähnt, haftet nach §§ 457, 458 der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts ohne weiteres zwar für den rechtlichen Bestand (die Verität der Forderung), nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (die Bonität der Forderung). Die Übernahme der Haftung für Bonität muß daher stets besonders erfolgen, bezieht sich aber im Zweifel auch nur

Digitized by Google

Sache dem Käufer nicht entzogen werde („praestare ut emptori rem habere liceat"; l. 11 § 2, l. 30 § 1 D. 19, 1).

Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs des Käufers wegen eines Rechtsmangels sind hiernach nach rR.:[3])

a. Der Kaufgegenstand muß dem Käufer im Rechtsweg entzogen (evinciert) sein;[4])

---

[3]) Digestentitel 21, 2: De evictionibus et duplae stipulatione; Codextitel 8, 44: De evictionibus.

[4]) a. Es mußte also grundsätzlich ein Prozeß (vor Gericht, nicht vor einem Schiedsrichter, l. 56 § 1 D. 21, 2) über den Kaufgegenstand zwischen dem Käufer und dem Dritten geschwebt haben und zu Ungunsten des Käufers entschieden sein; und es mußte dem Käufer ferner der Besitz des Kaufgegenstands auf Grund dieses Urteils entzogen sein. Da das zwischen dem Käufer und dem Dritten ergangene Urteil jedoch dem Verkäufer gegenüber nicht ohne weiteres Recht schaffte, so konnte der Verkäufer dem ihn regreßpflichtig machenden Käufer gegenüber einwenden, daß das Urteil ungerecht sei oder daß der Dritte infolge schlechter Prozeßführung des Käufers gesiegt habe. Einer solchen exceptio mali processus (I, 236) konnte der Käufer dadurch vorbeugen, daß er, nachdem er vom Dritten verklagt worden war, dem Verkäufer den Streit verkündete (Litisdenuntiation, I, 235). Diese Streitverkündung war nach rR. — wenigstens wenn der Verkäufer erreichbar war, l. 56 § 5 D. 21, 2 — sogar eine Pflicht des Käufers (vgl. zB. l. 53 § 1 D. 21, 2), deren Verletzung nach manchen (vgl. l. 8 C. 8, 44) den Gewährleistungsanspruch des Käufers überhaupt beseitigte. Nach der vorstehend vertretenen herrschenden Meinung dagegen war die Folge des Unterbleibens der Streitverkündung nur, daß der Käufer in die ungünstige Lage kam, dem Verkäufer beweisen zu müssen, daß der Dritte auch bei rechtzeitiger Streitverkündung gesiegt haben würde.

b. Nach der herrschenden Meinung war jedoch eine gerichtliche Verurteilung nicht unbedingte Voraussetzung des Eviktionsanspruchs. Vielmehr sollte dieser auch dann begründet sein, wenn der Käufer den Kaufgegenstand dem Dritten freiwillig herausgiebt, weil dessen Recht klar zu Tage lag und ein Prozeß zwecklos gewesen wäre. Natürlich mußte der Käufer dies beweisen.

c. Ausnahmsweise fand — wie Eck (Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums) erwiesen hat — auch nach rR. ein Gewährleistungsanspruch des Käufers statt, ohne daß ihm die Sache abgestritten ist:

1. Wurde der Käufer einer fremden Sache später (zB. durch Beerbung oder Abfindung des Berechtigten) deren Eigentümer, so

Digitized by Google

b. die Eviktion muß ihren Grund in einem Rechtsmangel haben, für den der Verkäufer einzustehen hat.[5])

β. Dagegen beruht das BGB. (wie schon das ALR. I, 11 § 31 und der Code civil) auf dem Verschaffungsprinzipe. Der Verkäufer einer Sache hat dem Käufer das Eigentum an der Sache,[6]) der Verkäufer eines Rechts hat dem Käufer das Recht[7]) zu verschaffen (§ 433)

---

brauchte er den Kaufpreis nicht zu zahlen und konnte den etwa bereits bezahlten mit der actio empti zurückfordern (l. 9, 29 pr., 41 § 1 D. 21, 2).

2. Wurde gegen den Käufer ein Eviktionsanspruch zu einer Zeit erhoben, zu welcher er das Kaufgeld noch in Händen hatte, so konnte er dessen Zahlung verweigern, es sei denn, daß der Verkäufer ihm Sicherheit leistete (sog. exceptio evictionis imminentis, l. 19 § 1 D. 18, 6, l. 24 C. 8, 44).

3. Verkaufte jemand wissentlich eine fremde Sache, so haftete er dem Käufer sofort (l. 30 § 1 D. 19, 1).

[5]) Von einem Eviktionsanspruche war also nach rR. jedenfalls dann keine Rede, wenn der Kaufgegenstand aus einem erst nach dem Kaufabschluß entstandenen Grunde dem Käufer entwehrt wurde, zB. in Folge einer Ersitzung (l. 56 § 3 D. 21, 2) oder Enteignung (l. 11 pr. D. 21, 2, oben S. 389[5]); vgl. auch l. 27 D. 21, 2.

Ferner begründete aber nach rR. auch nicht jeder Rechtsmangel einen Gewährleistungsanspruch. Zunächst galten Rechte Dritter, die dem Käufer beim Erwerbe bekannt waren, als von ihm übernommen, falls er nicht Gewährleistung ausbedang (l. 27 C. 8, 44, ebenso BGB. § 439 Abs. 1, S. 403). Sodann haftete der Verkäufer für Grund gerechtigkeiten nur, wenn er Servitutenfreiheit ausdrücklich zugesagt (mit der Formel „fundus optimus maximusque", l. 59 D. 18, 1) oder arglistig gehandelt hatte (anders nach BGB., S. 403).

[6]) Bei einem Grundstücke gehört hierzu die Auflassung, deren Kosten jedoch gemäß § 449 der Käufer zu tragen hat. Ferner ist der Verkäufer nach § 444 verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten, die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.

[7]) Wie schon S. 329 erwähnt, haftet nach §§ 457, 458 der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts ohne weiteres zwar für den rechtlichen Bestand (die Verität der Forderung), nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (die Bonität der Forderung). Die Übernahme der Haftung für Bonität muß daher stets besonders erfolgen, bezieht sich aber im Zweifel auch nur

Digitized by Google

und zwar frei von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (§ 434).

Nach BGB. ist der Käufer also in viel günstigerer Lage, als nach rR. Während er nach diesem mit Erhebung des Gewährleistungsanspruchs warten mußte, bis der Dritte sein angebliches Recht durchgeführt hat, kann er nach BGB. sogleich verlangen, daß der Verkäufer die Rechte Dritter beseitigt, die den vollen Rechtserwerb des Käufers beeinträchtigen.[8]) Voraussetzung des Gewährleistungsanspruchs des Käufers wegen eines Rechtsmangels ist daher nach BGB. nicht die vollendete, auch nicht einmal eine drohende Eviktion, sondern die bloße Thatsache, daß Rechte Dritter auf den Kaufgegenstand bestehen, die der Käufer sich nicht gefallen zu lassen braucht. Während also nach rR. die Entwehrung die grundsätzliche Vorbedingung des Gewährleistungsanspruchs ist und hiervon nur in bestimmten (S. 398[4] erwähnten) Ausnahmefällen abgewichen wird, bildet nach BGB. grundsätzlich schon das Bestehen des Rechts eines Dritten eine genügende Voraussetzung zur Erhebung des Gewährleistungsanspruchs, und dieser ist nur in bestimmten Ausnahmefällen[9])

---

auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung. Über die besonders gestaltete Haftung des Indossanten eines Wechsels vgl. S. 308[8].

Nach § 437 Abs. 2 haftet der Verkäufer eines Wertpapiers auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.

[8]) Daher ist zB. der Verkäufer eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstücke (zB. einer Grundschuld) verpflichtet, im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen (also entweder nicht entstanden oder wieder erloschen sind) auf seine Kosten zur Löschung zu bringen (§ 435 Abs. 1). Das Gleiche gilt bei dem Verkauf eines Schiffs oder eines Rechts an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte (§ 435 Abs. 2).

[9]) Nämlich in den Fällen des § 440 Abs. 2: „Ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden, so kann der Käufer wegen des Rechts eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache

Digitized by Google

von der Durchführung des Rechts seitens des Dritten abhängig.[10])

Der oben erwähnte Grundsatz des § 434, daß der Verkäufer dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von

---

untergegangen ist. Der Herausgabe der Sache an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt oder wenn der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet. Steht dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe gegen einen Anderen zu, so genügt an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Anspruchs." Diese Vorschriften, die sich aber nur auf den Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung, nicht auf dessen sonstige Rechtsbehelfe (S. 405, exceptio non adimpleti contractus, Rücktrittsrecht, Erfüllungsklage) beziehen, bezwecken, zu vermeiden, daß ein Käufer, so lange er noch den Genuß der erkauften Sache hat, wegen einer ihm angeblich drohenden Entwehrung einen Schadensersatzanspruch erhebt.

[10]) Wenn also A. von B. ein mit einer nicht übernommenen Hypothek von 10 000 Mk. für C. belastetes Grundstück kauft, so kann er nach BGB. sofort gegen B. auf Beseitigung der Hypothek klagen oder vom Vertrage zurücktreten, während er nach rR. erst dann gegen B. vorgehen konnte, wenn C. ihm mit der actio hypothecaria das Grundstück entwehrt hatte. Dann konnte aber B. inzwischen zahlungsunfähig geworden sein.

Die verschiedene Auffassung des rR. und des BGB. hängt zum Teil mit der verschiedenen Gestaltung des Sachenrechts, insbesondere der Ersitzung, zusammen. Die Lage des Erwerbers war nach rR. sehr unsicher. Er wurde stets nur Eigentümer, wenn der Veräußerer Eigentümer war und konnte andererseits wegen der Möglichkeit des Bestehens von gesetzlichen und Generalhypotheken die Rechtslage, in der sich der erkaufte Gegenstand befand, nicht klar übersehen. Daher erleichterte das rR. den Erwerb mittelst Ersitzung durch Aufstellung des Grundsatzes, daß die nach dem Erwerb eintretende Kenntnis des Käufers von Rechten Dritter die Ersitzung nicht hindere (mala fides superveniens non nocet, II, 560[8]). Aus eben diesem Grunde hielt das rR. das Interesse des Käufers aber für genügend gewahrt, wenn es ihm den Regreß an den Verkäufer für den Fall sicherte, daß die Ersitzung sich wegen früher eintretender Entwehrung nicht sollte vollziehen können. Es erschien billig, den Verkäufer, der die Rechtslage ebensowenig übersehen konnte, wie der Käufer, gegen Ansprüche so lange zu schützen, als deren Beseitigung auf anderem Wege, nämlich durch Ersitzung, möglich war. Daher wurde der Verkäufer dem Gewährleistungsanspruche sogleich unterworfen, der wissentlich eine fremde Sache verkaufte (S. 399[4]). Nach dem auf dem deutschrechtlichen Grundsatze der Publizität (Begründung aller Rechte an unbeweglichen Sachen durch Eintragung in das

Digitized by Google

Rechten zu verschaffen hat, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, erleidet jedoch durch die Parteiabreden und kraft Gesetzes mannigfache Einschränkungen.

Grundbuch, an beweglichen durch Übergabe, II, 485[8]) sich aufbauenden Sachenrechte des BGB. ist ein derartiges Abwarten, ob der Rechtsmangel nicht durch Ersitzung beseitigt werden würde, schon deshalb unthunlich, weil die Ersitzung gegenüber Eintragungen in das Grundbuch überhaupt ausgeschlossen, hinsichtlich beweglicher Sachen aber durch den Satz erschwert ist, daß die Ersitzung durch eine vor ihrer Vollendung eintretende Kenntnis des Besitzers von dem Rechtsmangel gehindert wird (**mala fides superveniens nocet**, BGB. § 937 Abs. 2).

So tiefgehend hiernach theoretisch der Unterschied zwischen der gemeinrechtlichen und der reichsrechtlichen Auffassung hinsichtlich der Gewährleistung für Rechtsmängel ist, so wenig wird sich praktisch dieser Unterschied geltend machen.

a. Zunächst sind die Fälle, in denen der Verkäufer wegen eines Rechtsmangels Ansprüche erheben kann, im BGB. sehr gemindert. Denn entweder der Erwerber kannte beim Kaufabschlusse den Rechtsmangel; dann haftet der Verkäufer (von Grundstücksbelastungen der III. Abteilung des Grundbuchs, § 439 Abs. 2, abgesehen) gemäß § 439 Abs. 1 überhaupt nicht. Oder der Käufer kannte den Rechtsmangel nicht, ist also in gutem Glauben; dann ist er durch die Vorschriften der §§ 892, 932 ff. gegen die Ansprüche des Dritten regelmäßig geschützt (II, 556, 596), bei beweglichen Sachen allerdings nur, wenn die Unkenntnis des Erwerbens nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhte.

Der Käufer kann daher den Verkäufer wegen eines Rechtsmangels nur in Anspruch nehmen:

1. bei Grundstücken: wegen nicht übernommener Belastungen der III. Abteilung (§ 439 Abs. 2), wegen eingetragener Rechte, die entweder nicht bestehen (§ 435, S. 400[8]) oder die dem Käufer beim Kaufabschluß unbekannt waren (S. 403), endlich wegen solcher dem Käufer unbekannter Rechte Dritter, die auch ohne Eintragung gegen den Erwerber wirken (z.B. Miet- oder Pachtrechte, § 571);

2. bei beweglichen Sachen: wenn der Rechtsmangel dem Käufer zwischen dem Erwerb und der Übergabe bekannt geworden ist (§§ 439, 932 ff.) und wenn es sich um Sachen handelt, die dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen waren (§ 935).

b. Aber auch soweit hiernach ein Gewährleistungsanspruch noch gegeben ist, wird der Käufer — wenn es sich nicht um offensichtlich begründete Rechtsmängel (z.B. eingetragene, nicht übernommene Hypotheken) handelt oder die Hinausschiebung der Gewährleistungs-

Digitized by Google

a. Zunächst kann der Käufer dem Verkäufer vertragsmäßig (sog. pactum de non praestanda evictione) die Pflicht zur Gewährleistung erlassen oder beschränken. Ein solche Vereinbarung ist jedoch — als „pactum ne dolus praestetur", S. 119 — nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt (§ 443).

b. Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind (§ 436). Die Kenntnis derartiger Lasten wird beim Käufer vorausgesetzt. Dagegen haftet der Verkäufer, abweichend vom rR., S. 404[12], für die Freiheit des Kaufgrundstücks von Grunddienstbarkeiten, es sei denn, daß der Käufer sie kennt ebenso auch schon ALR. I, 11 § 183). Für Rückstände öffentlicher Lasten haftet natürlich der Verkäufer.

c. Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufs kennt (§ 439 Abs. 1).[11]) Eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, sowie eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte (§ 883), ferner ein Pfandrecht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Be-

---

klage gegen den Verkäufer wegen zu befürchtenden Unsicherwerdens gefährlich erscheint —, auch nach BGB. noch gut thun, sich von dem Dritten verklagen zu lassen und dem Verkäufer dann den Streit zu verkünden. Denn wenn er selbst sogleich gegen den Verkäufer klagt, muß er gemäß BGB. § 442 den angeblichen Mangel im Rechte beweisen.

[11]) Das Gesetz unterstellt hierbei, daß der Käufer, der trotz Kenntnis des Rechtsmangels den Kauf ohne weiteres abschließt, auf Gewährleistung verzichtet. Der Beweis, daß der Käufer den Rechtsmangel beim Kaufabschlusse kannte, hat der Verkäufer zu führen. Nur durch Kenntnis des Käufers von dem Rechtsmangel, nicht durch wenngleich verschuldete Unkenntnis (Kennenmüssen, S. 128) wird die Gewährleistungspflicht beseitigt. Daher fällt sie auch dann nicht fort, wenn es sich um in das Grundbuch (oder ähnliche öffentliche Bücher) eingetragene Belastungen handelt, welche der Käufer durch Einsicht des Grundbuchs hätte feststellen können.

Digitized by Google

lastung kennt (§ 439 Abs. 2, wie schon ALR. I, 11 § 184). Sehr häufig findet freilich bei Grundstückskäufen die Übernahme der eingetragenen Belastungen durch den Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis statt.[12])

b. Keinen Gewährleistungsanspruch hat der Erwerber einer im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Sache (CPO. § 806, ZwVG. vom 24. März 1897 § 56).

2. Umfang der Gewährleistungspflicht.

α. Nach rR. hatte der auf Gewährleistung wegen Entwehrung in Anspruch genommene Verkäufer dem Käufer das Interesse zu ersetzen (l. 8 D. 21, 2). Um den Käufer des ihm obliegenden Schadensnachweises zu entheben, war es für wichtige Verkäufe (sog. emptiones duplariae) üblich, für den Fall der Entwehrung den doppelten Kaufpreis als Vertragsstrafe auszubedingen (duplae stipulatio). Bei Entwehrung einer res mancipi (III, 276[2]) stand dem Käufer schon kraft des Gesetzes eine actio auctoritatis auf das Doppelte zu, später galt die duplae stipulatio auch bei anderen Käufen ohne ausdrückliche Ver-

---

[12]) Nach dem oben Gesagten hat der Verkäufer eines Grundstücks zu vertreten nach:

BGB.	Gem. Recht.	ALR.
a. Hypotheken.		
Stets, auch wenn Käufer sie kennt (§ 439 Abs. 2), es sei denn, daß er sie ausdrücklich übernimmt.	Nur, wenn sie dem Käufer unbekannt waren oder der Verkäufer die Haftung übernimmt.	Wie im BGB. (ALR. I, 11 §§ 184—187).
b. Grunddienstbarkeiten.		
Wenn sie dem Käufer beim Kaufabschluß unbekannt waren, sonst nicht (§ 439 Abs. 1).	Nur wenn der Verkäufer Servitutenfreiheit ausdrücklich zugesichert hat.	Wenn Verkäufer sie dem Käufer beim Kaufabschluß anzuzeigen unterlassen hat (ALR. I, 11 § 183).
c. Öffentliche Lasten.		
Niemals (§ 436).	Ebenso.	Ebenso (ALR. I, 11 § 175).

Digitized by Google

abredung (l. 31 § 20 D. 21, 2). In das Gemeine Recht ist die duplae stipulatio nicht übergegangen.

β. Nach BGB. § 440 Abs. 1 treten die S. 207 erörterten Vorschriften über die gegenseitigen Verträge (BGB. §§ 320—327) ein, wenn der Verkäufer die ihm obliegenden Verpflichtungen (zur Übergabe und Rechtsverschaffung) nicht erfüllt. Der Käufer ist also nicht wie nach rR. auf ein Interesseanspruch beschränkt, sondern kann einerseits die Kaufpreiszahlung verweigern, bis der Verkäufer seinen Pflichten genügt hat (§ 320), andererseits den Verkäufer — falls dieser in Verzug ist — auf Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verklagen oder ihm eine Frist zur Erfüllung setzen und nach deren fruchtlosem Ablaufe Schadenersatz wegen Nichterfüllung (vgl. jedoch S. 401[9]) verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten und den etwa schon gezahlten Kaufpreis zurückfordern.

§ 111. Pflichten des Käufers.

a. Pflicht zur Preiszahlung.

Während das rR. die Pflicht des Verkäufers auf ein bloßes „emptori rem habere licere praestare" beschränkte (S. 398), stand es für die Preiszahlung auf dem Verschaffungsprinzip: „emptor nummos venditoris facere cogitur" (l. 11 § 2 D. 19, 1). Das Gleiche gilt nach § 433 Abs. 2 BGB. Wie schon nach rR. und ALR. (I, 11 § 109) muß der Käufer gemäß § 452 den Kaufpreis, sofern er nicht gestundet ist, von dem Zeitpunkt an verzinsen, von dem an die Nutzungen des gekauften Gegenstands ihm gebühren (S. 390).

b. Pflicht zur Abnahme.

Im Anschluß an ALR. I, 11 § 215 und zur Entscheidung einer bisherigen Streitfrage des Gemeinen Rechts (S. 263[3]) bestimmt § 433 Abs. 2 ausdrücklich, daß der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer die gekaufte Sache

Digitized by Google

abzunehmen.[1]) Er muß dem Verkäufer ferner die von diesem vor der Übergabe gemachten Verwendungen ersetzen (§ 450), und zwar die nach dem Übergange der Gefahr (S. 389) bewirkten, als wenn er den Verkäufer mit der Verwaltung beauftragt hätte, die übrigen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Über die Pflicht zur „Spezifikation" vgl. S. 15[4].

c. Folgen der Nichterfüllung.

Erfüllt der Käufer die ihm obliegenden Pflichten nicht,[2]) so kommen die S. 207 erörterten Grundsätze über

---

[1]) Nimmt der Käufer die ihm gehörig angebotene und richtig beschaffene Ware nicht ab, so kommt er in Annahmeverzug, und es treten — abgesehen von den im Text unter c. erörterten Rechtsfolgen — die S. 154 besprochenen Wirkungen des Gläubigerverzugs ein. Insbesondere kann der Verkäufer ein Grundstück aufgeben (BGB. § 303), Wertpapiere, Kostbarkeiten und Urkunden hinterlegen (§ 372), nicht zur Hinterlegung geeignete bewegliche Sachen im Wege des Selbsthülfeverkaufs versteigern lassen (§ 383). Noch energischer wird der Verkäufer beim Handelskaufe geschützt (HGB. § 373: der Verkäufer kann alle beweglichen Sachen, und zwar auch bei Privaten, hinterlegen und hat hinsichtlich aller, auch der hinterlegungsfähigen Sachen, das Recht des Selbsthülfeverkaufs).

[2]) Der Beweis, daß dies geschehen, insbesondere der Beweis der Preiszahlung, liegt dem Käufer ob, nach dem allgemeinen Grundsatze (I, 257), daß Befreiungsthatsachen von dem zu beweisen sind, der sie behauptet. Der klagende Verkäufer muß beweisen, daß er mit dem Beklagten einen Kaufvertrag geschlossen und durch Lieferung seinerseits erfüllt hat. Dann muß dieser beweisen, daß er seiner so erwachsenen Zahlungspflicht genügt hat (S. 209[1]).

Dieser Satz ist in neuerer Zeit für eine gewisse Art von Umsatzgeschäften bestritten worden. Viele Geschäfte des täglichen Lebens, insbesondere der sog. automatische Verkauf, vollziehen sich nie anders, als daß die Ware gegen sofortige Preiszahlung ausgehändigt wird (sog. Handkauf, Barkauf, Realkauf). In solchen Fällen läßt sich der Käufer nie eine Quittung geben, und es erscheint unbillig, daß dem Käufer der Beweis der Zahlung obliegen soll. Manche behandeln daher den Handkauf als eine besondere Geschäftsart. Sie gehen davon aus, daß beim Handkaufe nicht, wie beim gewöhnlichen Kauf, ein Schuldverhältnis begründet wird, das durch die beiderseitigen Leistungen zur Lösung gebracht wird, sondern daß hierbei ohne vorhergegangene obligatorische Verpflichtung nur ein wechselseitiger, dinglicher Leistungsaustausch stattfindet. Bähr, Endemann, Dernburg u. a. (vgl. auch Stölzel, Civilistische Praxis

Digitized by Google

gegenseitige Verträge zur Anwendung. Der Verkäufer hat also — abgesehen von der exceptio non adimpleti contractus — beim Verzuge des Käufers (regelmäßig nach Setzung einer Nachfrist, S. 216) die Wahl, ob er Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wolle. Hat er den Vertrag

---

S. 143, 159 ff.) ziehen daraus den Schluß, daß im Fall eines Realkaufs nicht der Käufer zu beweisen habe, daß er den Preis bezahlt habe; denn eine Verpflichtung zur Preiszahlung habe er nicht übernommen, er brauche daher auch deren Erfüllung nicht zu beweisen. Vielmehr habe Verkäufer zu beweisen, daß der Käufer entgegen dem Sinne des Geschäfts die Sache ohne Preiszahlung erhalten hat.

Nach richtiger Meinung (Cosack, Lehrbuch I, 445) liegt z einer Anerkennung des Handkaufs als besonderen Regeln unterstehender Geschäftsart kein Grund vor, wenn es auch richtig ist, daß vielfach Kaufgeschäfte vorkommen, bei denen nur die dinglichen Erfüllungsverträge, der Austausch von Sache und Geld, in die Erscheinung treten. BGB. § 445 wendet jedenfalls die Vorschriften der §§ 433—444 (gegenseitige Rechte und Pflichten) auch auf andere Verträge an, die auf Veräußerung eines Gegenstands gegen Entgelt gerichtet sind (vgl. § 493). Hiernach hat grundsätzlich auch beim Handkauf der Käufer zu beweisen, daß er den Preis entrichtet habe. Bei der den heutigen Civilprozeß beherrschenden freien Beweiswürdigung (CPO. § 287, I, 255) wird der Richter den Beweis der Preiszahlung jedoch schon als geführt annehmen, wenn der Käufer nachweist, daß nach der Art des Kaufgeschäfts die Aushändigung der Ware an ihn nicht anders als gegen Preiszahlung habe erfolgen können. Wenn zB. der Automatenbesitzer A. gegen B. auf Zahlung von 10 Pf. mit der Behauptung klagt, B. habe dem Automaten Ware entnommen, ohne dafür zu bezahlen, so wird jeder verständige Richter den an sich dem Beklagten als Käufer obliegenden Beweis der erfolgten Zahlung durch die Erwägung für überflüssig erachten, daß nach der gerichtskundigen Einrichtung des Automaten dieser die Ware nur gegen Hineinwerfen eines Zehnpfennigstücks herausgiebt. Es ist dann Sache des Klägers gegenbeweislich darzulegen, daß (im Sinne des § 286 CPO.) „die vom Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen für wahr erachtete Behauptung des Beklagten, er habe den Preis gezahlt", thatsächlich nicht wahr ist, zB. daß der Beklagte den Apparat durch Einwerfen eines Bleiknopfes statt eines Zehnpfennigstücks in Thätigkeit gesetzt hat.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für andere Bargeschäfte, zB. die Lösung von Fahr- oder Eintrittskarten.

Digitized by Google

jedoch seinerseits schon erfüllt und ist der Kaufpreis gestundet, so steht ihm gemäß § 454 BGB. das Rücktrittsrecht nicht zu; er ist also in diesem Fall auf den Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch beschränkt.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache. (BGB. §§ 459—493.)

§ 112. Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers.[1])

a. Allgemeines.

Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel des Kaufgegenstands — es kommen hierbei nur (körperliche) Sachen in Frage — beruht teils auf Handlungen des Verkäufers, teils unmittelbar auf Gesetz. Die eine Gewährleistungspflicht begründende Handlung des Verkäufers kann bestehen: entweder in einer vertragsmäßigen Übernahme der Haftung (Zusicherung, Garantie) dafür, daß die Kaufsache gewisse Eigenschaften besitzt und gewisse Fehler nicht besitzt, oder in einem Verschulden des Verkäufers, d. h. einem arglistigen oder fahrlässigen Verhalten beim Abschlusse des Kaufvertrags. In Rom wurde die Gewährleistungspflicht auf Grund einer Garantie oder eines Verschuldens mit der actio empti geltend gemacht, während für die Durchsetzung der unmittelbar auf Gesetz beruhenden Haftung des Verkäufers besondere Rechtsbehelfe (actio redhibitoria und quanti minoris) gegeben waren (S. 410). Das moderne Recht kennt keine Formeln für die verschiedenen Ansprüche (I, 335[1]); aber auch heute ist die auf

[1]) Digestentitel 21, 1: De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris; Codextitel 4, 58: De aediliciis actionibus. Es handelt sich hier (BGB. §§ 459—493) um thatsächliche (physische) Mängel körperlicher Sachen, während bei der in § 110 besprochenen Haftung für Entwehrung (BGB. §§ 434 ff.) rechtliche (juristische) Mängel irgend eines Kaufgegenstands in Frage standen. Im ALR. sind beide Arten von Mängeln einheitlich geordnet (I, 5 §§ 317 ff., I 11 §§ 64 ff.).

Digitized by Google

Handlungen des Verkäufers zurückzuführende Gewährleistungspflicht des Verkäufers nach Voraussetzungen und Wirkungen von der auf Gesetz beruhenden verschieden (S. 414).

b. Geschichtliche Entwickelung.

1. Römisches Civilrecht.

Nach röm. Civilrechte haftete der Verkäufer nur in zwei Fällen:

α. wenn er einen Mangel als nicht vorhanden oder eine Eigenschaft als vorhanden zugesichert hatte (sog. Haftung für dicta et promissa);

β. wenn er einen Fehler des Kaufgegenstands arglistig verschwiegen hatte.

In beiden Fällen haftete der Verkäufer der actio empti gegenüber auf das volle Interesse; wenn also z.B. ein krankes Tier oder ein morscher Balken verkauft war, mußte der Verkäufer auch für den Schaden aufkommen, der dadurch herbeigeführt wurde, daß durch das kranke Tier der Viehbestand des Käufers verseucht wurde oder daß ein auf dem morschen Balken erbautes Gebäude einstürzte (l. 13 pr. D. 19, 1).

2. Ädilizisches Edikt.

Nach röm. Civilrecht haftete hiernach der Verkäufer — von etwaiger Garantieübernahme abgesehen — niemals für Mängel, deren Vorhandensein ihm selbst unbekannt war. Dies genügte aber dem entwickelten Verkehre nicht mehr. Die kuruli schen Ädilen, denen mit der Handhabung der Marktpolizei auch die Rechtsprechung in „Marktsachen" oblag (I, 68), erklärten daher in ihrem Edikte,[2]) daß der Verkäufer — abgesehen von seiner Haftung für die

[2]) L. 1 § 2 D. 21, 1: Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

Digitized by Google

dicta et promissa[3]) aus Garantieübernahme oder Zusicherung — auch für solche, ihm selbst unbekannt gebliebene, sog. heimliche Mängel haftbar sein sollte, welche:

α. sich als erhebliche Abweichungen einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft kennzeichnen (vitium quod usum ministeriumque impediat, l. 1 § 8 D. 21, 1); und ferner

β. dem Käufer ohne dessen grobes Verschulden unbekannt geblieben waren (l. 1 § 6, l. 14 § 10, l. 48 § 4 D. 21, 1).

Das ädilizische Edikt bezog sich ursprünglich nur auf den Verkauf von Sklaven (mancipia) und von Spannvieh (jumenta);[4]) seine Grundsätze wurden aber in der Kaiserzeit auf alle Käufe ausgedehnt. Während aber nach Civilrecht, also in den Fällen der Garantieübernahme und des Betrugs, der geschädigte Käufer mit der actio empti (heute Schadensersatzklage genannt, BGB. § 463) das volle Interesse, also auch den mittelbaren Schaden, ersetzt verlangen konnte, gaben die Ädilen für die von ihnen hinzugefügte Haftung für heimliche Mängel zwei besondere, in ihrer Wirkung beschränkte Rechtsbehelfe. Der Käufer konnte hierbei nämlich nicht sein volles Interesse, sondern nur entweder mit der actio redhibitoria (heute

---

[3]) Über den Unterschied zwischen dicta und promissa vgl l. 19 § 2 D. 21, 1: Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.

[4]) Das ädilizische Edikt behandelt im I. Kapitel (l. 1 § 1 D. 21, 1: Aiunt aediles: „Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit“ usw.; sog. Sklavenedikt) den Sklavenkauf, im II. Kapitel (l. 38 pr. D. 21, 1: Aediles aiunt: „Qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit“ usw.; sog. Jumentenedikt) den Viehkauf, während ein drittes Kapitel die Rechtsfolgen des Haltens gefährlicher Tiere bestimmt (l. 40—42 D. 21, 1; vgl. II, 514). Animi vitia galten bei Tieren stets, bei Sklaven nur, soweit das Edikt sie aufzählte, als sachliche Mängel.

Digitized by Google

Wandelungsklage genannt, BGB. § 462),[5]) Rückgängigmachung des Kaufs, oder mit der actio quanti minoris (sc. essem empturus, si id ita esse scissem l. 13 pr. D. 19, 1, heute Minderungs- oder Würderungsklage, II, 503, genannt, BGB. § 462) Herabsetzung des Kaufpreises verlangen. Während ferner die actio empti erst in 30 Jahren verjährte, war die actio redhibitoria nur innerhalb von sex menses utiles, die actio quanti minoris nur innerhalb eines annus utilis vom Verkauf an zulässig (l. 19 § 6 D. 21, 1).

3. Spätere Entwickelung.

Wie II, 503 dargestellt, bestand nach älterem deutschen Rechte — von dem unten § 114c zu besprechenden Viehhandel abgesehen — keine Haftung des Verkäufers für Fehler der Sache, sobald der Käufer diese rügelos in seine Gewere gebracht hatte, es sei denn, daß die Fehler durch eine Besichtigung nicht zu entdecken waren („Augen für Geld"). Dieser Gedanke des deutschen Rechts hat zwar einzelne Partikularrechte, so vor allem das ALR. (II, 503[3]) und auch das HGB. (unten § 114d) beeinflußt, ist aber nicht Gemeines Recht geworden. Vielmehr beruhte das Gemeine Recht auf dem entwickelten[6]) rR.; dem folgt auch das BGB.

---

[5]) Vgl. l. 21 pr. D. 21, 1: Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio.

[6]) Einige Besonderheiten des rR. sind — nach richtiger Meinung — in das Gemeine Recht nicht übergegangen:

a. Der Käufer konnte verlangen, daß der Verkäufer ihm in der Form der Stipulation — meist verbunden mit der Stipulation für den Fall der Entwehrung, S. 404 — die Abwesenheit von Mängeln garantiere (bei Zugvieh: „esse bibere, ut oportet"; l. 11 § 4 D. 19, 1, l. 28 D. 21, 1). Bei Weigerung des Verkäufers konnte der Käufer binnen 2 Monaten wandeln, binnen 6 Monaten sein Interesse fordern.

b. Wurde Vieh — was in Rom üblich war — mit besonderem Aufputz (ornamenta) zum Verkaufe gestellt, so galt der Aufputz als mitverkauft, und der Käufer konnte, falls die ornamenta nicht mitgeliefert wurden, binnen 60 dies utiles Nachlieferung (actio de ornamentis restituendis) oder Wandelung verlangen (l. 38 pr. § 11 D. 21, 1).

Digitized by Google

c. Bürgerliches Gesetzbuch.

Der das BGB. beherrschende Grundsatz findet sich in § 459 Abs. 1: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht,[7]) nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht."

Dieser, die Haftung des Verkäufers kraft Gesetzes feststellende Grundsatz erleidet aber in doppelter Beziehung Änderungen:

1. Zunächst wird die Haftung des Verkäufers für gewisse Fälle durch das Gesetz selbst ausgeschlossen:

α. Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art in

---

c. Wurde die actio redhibitoria angestellt, so erging vor der Verurteilung in Geld ein arbitratus de restituendo (I, 292). Kam der Verkäufer dem die Rückzahlung des Kaufpreises anordnenden arbitratus nicht nach, so wurde er in das Doppelte verurteilt (l. 45 D. 21, 1).

d. L. 48 § 8 D. 21, 1 bestimmt: „Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est." Streitig ist, ob unter einer simplaria venditio ein Verkauf geringfügiger Sachen, bei denen keine duplae stipulatio (S. 404) gefordert werden konnte, oder ein Verkauf unter Verzicht des Käufers auf Wandelung (ἁπλῆ πρᾶσις, ἁπλῆ ὠνή der Basiliken und des syrisch-röm. Rechtsbuchs) zu verstehen ist.

[7]) Der Verkäufer trägt also nach BGB. bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Gefahr übergeht (S. 389), nicht nur die Gefahr des Untergangs, sondern auch die der Verschlechterung (ebenso ALR. I, 5 § 322, I, 11 §§ 192 ff.), während nach Gem. R. schon vom Vertragsschluß an regelmäßig beide Arten der Gefahr, bei bedingten Käufen aber wenigstens die Gefahr der Verschlechterung vom Käufer getragen wurde. Wenn also z.B. A. dem B. ein Pferd auf Probe verkauft (unten § 115 b) und dieses in der Probezeit lahm wird, so kann B., wenn er in Unkenntnis davon das Pferd behalten zu wollen erklärt, nach BGB., nicht aber nach Gem. R., von A. Gewährleistung verlangen.

Digitized by Google

Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 460).[8])

β. Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird (§ 461). Das Gleiche gilt für die Zwangsversteigerung beweglicher (CPO. § 806) und unbeweglicher Sachen (§ 56 ZwVG.[9])

2. Ferner aber kann die gesetzliche Haftung des Verkäufers durch Parteivereinbarung geändert werden. Einerseits nämlich haftet der Verkäufer auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat[10]) (§ 459 Abs. 2). Anderer-

---

[8]) Das BGB. hat also den deutschrechtlichen Grundsatz „Augen für Geld" („Augen auf oder Beutel auf", „Augen auf, Kauf ist Kauf") insofern nicht angenommen, als der Verkäufer grundsätzlich auch für sog. offensichtliche Fehler haftet; er wird von seiner Vertretung nur durch den von ihm zu führenden Nachweis befreit, daß der Käufer den Fehler gekannt hat — dann gilt er als genehmigt — oder daß den Käufer eine grobe Fahrlässigkeit trifft. In letzterem Fall — aber nicht bei Kenntnis des Käufers — kann der Käufer jedoch die Vertretungspflicht des Verkäufers durch den Nachweis der Garantieübernahme oder Arglist begründen.

[9]) Beseitigt ist durch das BGB. — abgesehen von der simplaria venditio, S. 412[6] — der Ausschluß der Haftung bei fiskalischen Verkäufen, l. 1 § 3 D. 21, 1.

[10]) Die Zusicherung einer Eigenschaft ändert die gesetzliche Vertretungspflicht des Verkäufers in dreifacher Beziehung:

a. Im Gegensatze zu den sonstigen Fällen (§ 459 Abs. 1) kommt hierbei auch eine unerhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit in Betracht. Wenn also A. von B. einen Regulator „9 Tage gehend" kauft, braucht er keinen Regulator zu behalten, der nur 8¾ Tage geht (vgl. Stölzel, Civilistische Praxis, I, S. 188).

b. Der Verkäufer hat (§ 460 Satz 2) auch diejenigen Fehler, die dem Käufer in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind, zu vertreten, falls er Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat. Mangels einer Zusicherung haftet er dagegen nur, falls er den Fehler arglistig verschwiegen hat. Hierzu genügt aber nicht die bloße Unterlassung der Angabe aller Fehler der Kaufsache (S. 384 [19]), viel-

Digitized by Google

seits kann die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache vertragsmäßig erlassen oder beschränkt werden, freilich auch hier (S. 403) nur mit der Maßgabe, daß ein pactum de dolo non praestando nichtig ist (§ 476).

Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach dem Vorstehenden zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen (§ 462). Statt dieser den beiden ädilizischen Klagen (actio redhibitoria und quanti minoris) entsprechenden Rechtsbehelfe kann der Käufer in zwei Fällen Schadensersatz wegen Nichterfüllung (nach römischer Sprechweise mit der actio empti) verlangen, nämlich:

α. wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufs[11]) eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (Anm. 10); und ferner

---

mehr muß ein auf Irreführung der Käufer berechnetes Handeln oder Unterdrücken des Verkäufers hinzukommen; zB. der Verkäufer verdeckt die auf Hausschwamm deutenden feuchten Stellen des Hauses, während der Käufer es besichtigt.

c. Im Falle der Zusicherung kann der Käufer (sofern die Eigenschaft schon z. Z. des Kaufs fehlt, S. 414) neben den ädilizischen Rechtsbehelfen Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen (§ 463).

Unter Zusicherung einer Eigenschaft ist natürlich nicht jede zum Zwecke der Anpreisung gemachte Bemerkung des Verkäufers anzusehen; auch heute gilt vielmehr der in l. 19 § 3 D. 21, 1 ausgedrückte Gedanke: „Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecumque sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur." Der marktschreierischen Reklame ist übrigens das RG. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 mit Erfolg entgegengetreten (III, 238).

[11]) Der Schadensersatzanspruch ist also nur dann gegeben, wenn der verkauften Sache die zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Kaufs fehlten. Der Verkäufer haftet allerdings nach § 459 Abs. 2 auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat. Ist dies nicht der Fall, waren sie aber zZ. des Kaufs vorhanden, hat die Sache m. a. W. diese Eigenschaft in der Zwischenzeit eingebüßt, so haftet der Verkäufer zwar, aber nur, wie in den gewöhnlichen Fällen, auf Wandelung oder Minderung, nicht auch mit Schadensersatz.

Digitized by Google

β. wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.[12])

Dagegen hat der Käufer nach BGB. in keinem Falle kraft Gesetzes einen Anspruch auf Beseitigung eines Fehlers; freilich braucht er sich umgekehrt auch keine Nachbesserung seitens des Verkäufers gefallen zu lassen.[13])

Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt (Kennenmüssen steht dem Kennen hier also nicht gleich), so stehen ihm die Ansprüche auf Wandelung, Minderung und (in den vorbezeichneten besonderen Fällen) auf Schadensersatz nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält (§ 464).[14])

Über Wandelung und Minderung im einzelnen ist in § 113 zu sprechen.

---

[12]) Einfluß der Arglist des Verkäufers:

a. Haftung auch dem grob fahrlässigen Käufer gegenüber (§ 460 Satz 2, S. 413).

b. Haftung auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 463 Satz 2, 480, S. 415).

c. Entkräftung der Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird (§ 476, S. 414).

d. Unanwendbarkeit der kurzen Verjährungsfristen (§§ 477—479, unten § 113).

[13]) Anders beim Werkvertrage (BGB. § 633, unten § 136). Natürlich kann aber die Vereinbarung ergeben, daß der Verkäufer zur Beseitigung eines Mangels verpflichtet sein soll. Ferner steht der Kauf mehr wie jeder andere Vertrag unter dem Einflusse des Grundsatzes von Treu und Glauben (S. 35), und vielfach würde der Käufer hiergegen verstoßen, wenn er dem Verkäufer versagen würde, durch eine einfache und sofort zu bewirkende Reparatur den Mangel zu beseitigen. Nach ALR. I, 5 §§ 325, 331 mußte sogar die Klage auf Gewährung der Eigenschaft der Anwendung der ädilizischen Rechtsbehelfe regelmäßig voraufgehen.

[14]) Beweislast. Der Käufer hat, wenn er eine Sache einmal als Erfüllung angenommen hat, gemäß § 363 (exceptio non adimpleti contractus, S. 212) zu beweisen, daß sie z. B. des Gefahrübergangs mangelhaft war. Dann kann der Verkäufer seine hierdurch begründete Vertretungspflicht durch den Nachweis ausschließen, daß der Käufer bei der Annahme der Sache den Mangel gekannt hat. Hiergegen hat der Käufer dann den Vorbehalt zu beweisen.

Digitized by Google

§ 113. Wandelung und Minderung.

a. Gemeinsames.

1. Nach Gem. R. standen dem Käufer die beiden ädilizischen Rechtsbehelfe zur Wahl; es lag also eine Klagenkonkurrenz vor (S. 353[4]). Diese war insofern „alternativ", als der Käufer durch Anstellung der actio quanti minoris das Recht auf die Benutzung der actio redhibitoria (hinsichtlich desselben Mangels) verlor (l. 25 § 1 D. 44, 2); dagegen insofern „elektiv", als der Käufer durch Anstellung der actio redhibitoria nicht gehindert wurde, auf die actio quanti minoris zurückzugreifen (l. 29 pr. D. 22, 1).

2. Auch nach BGB. § 462 kann der gewährsberechtigte Käufer nach seiner Wahl Wandelung oder Minderung verlangen. Das BGB. behandelt dieses Wahlrecht jedoch, um es den Verjährungsvorschriften unterwerfen zu können (III, § 60 a), als Anspruch gegen den Verkäufer auf Erklärung seines Einverständnisses mit der vom Käufer getroffenen Wahl. Die Folge davon ist, daß der Käufer durch die Klageanstellung seines Wahlrechts noch nicht verlustig geht, sondern erst durch das vom Verkäufer erklärte oder nach den Vorschriften der CPO. unterstellte[1])

Den Käufer trifft die Beweislast also nur dann, wenn er die Sache als Erfüllung angenommen hat. Ist sie ihm zugesandt und etwa in seiner Abwesenheit vom Dienstmädchen abgenommen worden, und stellt er sie unverzüglich als mangelhaft „zur Disposition", so hat er sie nicht „als Erfüllung" angenommen, und der auf Abnahme oder Preiszahlung klagende Verkäufer hat alsdann die Vertragsmäßigkeit der angebotenen Ware zu erweisen, vgl. S. 212.

[1]) Klagt der Käufer zB. auf Wandelung (womit er regelmäßig den Antrag auf Herbeiführung der mit der Wandelung verknüpften Folgen, s. u., verbinden wird), so kann er nach Verurteilung des Verkäufers bis zur Rechtskraft des Urteils, falls Verkäufer nicht vorher sein Einverständnis erklärt, statt der Wandelung Minderung wählen. Denn das Einverständnis des Verkäufers als des Schuldners gilt gemäß CPO. § 894 erst mit Rechtskraft des Urteils für erklärt. Das BGB. behandelt die Erklärung des Käufers, wandeln oder mindern zu wollen, als Antrag zum Abschluß eines Vertrags auf Aufhebung oder Änderung des Kaufvertrags. Dieser Antrag bindet

Digitized by Google

Einverständnis mit dem vom Käufer gewählten Wege (§ 465). Um den Verkäufer vor Ungewißheit zu schützen, bestimmt § 466, daß er den Käufer, der eine Sache als mangelhaft bezeichnet, unter dem Erbieten zur Wandelung zur Erklärung hierüber binnen einer angemessenen Frist auffordern dürfe, mit der Wirkung, daß der Käufer nach Ablauf dieser Frist Wandelung nicht mehr verlangen könne.

b. Wandelung.

Die Erklärung der Wandelung ist die Ausübung eines kraft Gesetzes dem Käufer zustehenden Rücktrittsrechts. Nach BGB. § 467 finden auf die Wandelung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften (§§ 346 ff., oben S. 232) mit einzelnen Änderungen Anwendung.

1. Danach tritt zunächst infolge der Wandelung der frühere Rechtszustand nicht mit dinglicher Wirkung wieder ein; vielmehr entsteht nur, wie auch nach bisherigem Recht, eine obligatorische Verpflichtung beider Teile zur wechselseitigen Rückgewähr der auf Grund des Kaufvertrags empfangenen Leistungen (§ 346, oben S. 237, vgl. ebenso l. 23. §§ 1, 7, l. 60 D. 21, 1).

α. Der Verkäufer muß also den Kaufpreis (mit 4% Zinsen vom Empfang an, § 347 Satz 3) zurückzahlen und dem Käufer die auf die Sache gemachten Verwendungen nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 347 Satz 2, 994 Abs. 2) und nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 467 Satz 2 auch die Vertragskosten ersetzen. Dagegen hat das BGB. den für das Gemeine Recht verteidigten Satz nicht aufgenommen,

---

den Käufer nach Maßgabe von BGB. §§ 145 ff. (III, 504). Der Käufer kann also, wenn der Verkäufer der zuerst getroffenen Wahl nicht rechtzeitig zustimmt, seinen Antrag zurücknehmen.

Das dem Käufer hiernach bis zur Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers zustehende jus variandi hat zB. dann eine Bedeutung, wenn der Verkäufer nach der Erklärung des Käufers, wandeln zu wollen, in Konkurs verfällt. Denn dann wird der Käufer regelmäßig besser fahren, wenn er die Sache behält und den Minderwert als Konkursforderung anmeldet.

Digitized by Google

daß der wandelnde Käufer hinsichtlich des ihm infolge des Mangels der Sache zugefügten Schadens ersatzberechtigt sei.

β. Der Käufer muß die Sache mit allen Nutzungen und Zuwüchsen herausgeben (ebenso ll. 23 § 9, 24, 31, §§ 2—4, 33 D. 21, 1). Hierbei werden laufende Ausgaben (zB. Fütterungskosten) mit den laufenden Einnahmen (zB. aus Milchertrag) gegeneinander aufgehoben.

γ. Ist der Kaufvertrag noch von keiner Seite erfüllt, so gilt er mit Vollziehung der Wandelung als beseitigt.

2. Die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung trägt nach Gemeinem Recht, im Gegensatze zum ALR.,[2]) der Verkäufer. In den Quellen wird dies durch den Grundsatz ausgedrückt „Mortuus redhibetur" (sc. servus, vgl. ll. 31 § 11, 38 § 3, 47 § 1 D. 21, 1), d. h. der Verkäufer muß das Kaufgeld zurückgeben, trotzdem er nichts zurückerhält. Ja der Käufer geht seines Wandelungsrechts selbst durch eine von ihm verschuldete Verwirkung oder Veräußerung der Sache nicht verlustig; nur muß er sich von dem zurückzuzahlenden Kaufpreise den Wert der Sache kürzen lassen.

Das BGB. stimmt, wie die Bezugnahme des § 467 auf § 350 zeigt, mit dem Gem. R. insofern überein, als die Wandelung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Kaufsache beim Käufer durch Zufall untergegangen ist. Dagegen ist gemäß den ebenfalls für anwendbar erklärten §§ 351, 352 die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstands verschuldet oder diesen in

---

[2]) Nach ALR. I, 5 §§ 327, 328 war die Wandelung stets ausgeschlossen, wenn der Käufer — gleichgültig, ob infolge von Zufall oder von Schuld — zur Rückgabe der Sache in unverschrtem Zustand außer stande war, es sei denn, daß der Untergang oder die Verschlechterung eine Folge des Fehlers selbst war. Wurde also zB. ein tuberkulöses Rind beim Käufer durch Blitz getötet, so konnte er nach ALR. nicht mehr wandeln (wohl aber nach BGB.). Dagegen war er dazu berechtigt, falls das Rind an Tuberkulose einging.

Digitized by Google

eine Sache anderer Art umgestaltet hat, es sei denn, daß der Mangel sich erst bei der Umgestaltung (Spezifikation) gezeigt hat. Durch eine Weiterveräußerung verliert der Käufer die Möglichkeit der Wandelung, es sei denn, daß er trotzdem zur Rückgabe der Sache bereit und im stande ist.

3. Kommt der Käufer nach Vollziehung der Wandelung mit der Rückgewähr der Sache in Verzug, so kann ihm gemäß § 354 der Verkäufer eine Frist mit der Wirkung bestimmen, daß er nach deren fruchtlosem Ablaufe nur noch Minderung verlangen kann. Der zur Wandelung berechtigte Käufer braucht die Sache dem Verkäufer nicht zurückzubringen, vielmehr muß der Verkäufer sie beim Käufer zurücknehmen. Das ist auch für den Gerichtsstand (des Erfüllungsorts, CPO. § 29) wichtig. Der Käufer kann in seinem Gerichtsstand auf Rücknahme und nötigenfalls zugleich auch auf Rückzahlung des Kaufpreises klagen. Ist die Ware aber schon zurückgenommen, so ist die nunmehr allein noch in Frage kommende Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises im Gerichtsstande des Verkäufers anzustellen (§ 269, oben S. 83).

4. Sind bei einem Kauf auf der einen oder der anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann die Wandelung nur von allen oder gegen alle ausgeübt werden (§ 356).[8])

c. Minderung.

1. Die Berechnung des Minderwerts ist nach

[8]) Eine besondere Vorschrift für den Grundstückskauf enthält § 468: „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Der Käufer kann jedoch wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat." Wenn also A. an B. ein Gut mit einer zugesicherten Größe von 300 Hektar verkauft, so haftet er dafür, wenn auch nur 1 Ar an dieser Größe fehlt (S. 413[10]), B. kann aber auch, wenn 50 Hektar fehlen, nicht wandeln, sondern nur Minderung beanspruchen. Wenn aber ein Bauplatz bestimmter Größe verkauft wird, so kann der Käufer wandeln, wenn er in Folge des Zurückbleibens hinter der zugesicherten Größe keine polizei-

Digitized by Google

Gemeinem Rechte, da die Quellen darüber keine sichere Auskunft geben, streitig. Verteidigt wird sowohl die sog. absolute als die sog. relative Berechnungsweise.

Bei der absoluten Berechnung wird der Kaufpreis auf so viel gemindert, als die Sache mit dem zu vertretenden Fehler wert ist. Ist also der Kaufpreis eines als hasenrein verkauften Jagdhundes 1000 Mk. und wird der Wert des Hundes, weil er nicht „hasenrein" ist, auf 500 Mk. geschätzt, so beträgt der absolute Minderwert 500 Mk. Diese Berechnungsweise ist aber nur dann gerecht, wenn der Kaufpreis dem Werte der Sache entspricht, wenn also z.B. nach dem Marktpreise gekauft ist. Ist der Kaufpreis dagegen höher oder niedriger als der wahre Wert, so wird bei absoluter Berechnung in ersterem Falle der Verkäufer, in letzterem der Käufer um die bei dem Geschäft erlangten Vorteile gebracht. Das BGB. hat sich daher in § 472 der relativen Berechnungsweise angeschlossen: „Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde".[4])

---

liche Bauerlaubnis für die in Aussicht genommene Bebauungsart erhält.

[4]) Ist K. der Kaufpreis, x. der zu suchende Betrag, auf den der Kaufpreis wegen des Fehlers gemindert werden soll, W^1 der Wert der Sache in mangelfreiem, W^2 im mangelhaften Zustande, so ergiebt sich die Gleichung: $\frac{K}{x} = \frac{W^1}{W^2}$. Ist z.B. der für 1000 Mk. verkaufte Hund fehlerfrei nur 800 Mk., fehlerhaft nur 500 Mk. wert, so ist $\frac{1000}{x} = \frac{8}{5}$ oder $x = 625$; der Verkäufer braucht also nur $1000 - 625 = 375$ Mk. Minderwert zu ersetzen, nicht wie bei absoluter Berechnung 500 Mk.; denn dabei würde er des Vorteils verlustig gehen, den er durch Verkauf des Hundes um einen höheren Preis, als der selbst fehlerfreie Hund wert war, erlangt hat. Ist der um 1000 Mk. verkaufte Hund fehlerlos 2000 Mk., fehlerhaft 500 Mk. wert, so ist $\frac{1000}{x} = \frac{20}{5}$ oder $x = 250$. Der Verkäufer muß also 750 Mk. Minderwert ersetzen, nicht wie bei absoluter Berechnung nur 500; denn dabei würde der Käufer um den Vorteil gebracht

Digitized by Google

2. Durch die Schicksale, welche die Sache nach der Übergabe erfährt (Untergang, Verschlechterung, Weiterveräußerung mit Gewinn) wird das Recht des Käufers auf Minderung nicht berührt. Durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung wird das Recht des Käufers, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen (§ 475).

3. Sind mehrere Beteiligte vorhanden, so kann die Minderung (anders wie bei der Wandelung, S. 419) von jedem und gegen jeden erlangt werden. Mit der Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung ist die Wandelung ausgeschlossen (§ 474).

d. Verjährung.

Wie S. 416 erwähnt, faßt das BGB. die aus mangelhafter Leistung seitens des Verkäufers sich ergebenden Rechte des Käufers als „Ansprüche" auf und unterstellt sie daher der Anspruchsverjährung. Hierbei finden sich jedoch erhebliche Abweichungen von den III, 619 ff. dargestellten Regeln.

1. Nach rR. verjährte die actio redhibitoria in sechs Monaten, die actio quanti minoris in 1 Jahre vom Verkauf an; beide Fristen werden als tempus utile berechnet (III, 605[7]).

Nach BGB. § 477 Abs. 1 verjährt der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.[5]) Hat der Ver-

werden, den er durch den Ankauf eines 2000 Mk. werten Hundes für 1000 Mk. erzielt hat.

[5]) Während nach Gem. R. nur die ädilizischen Ansprüche (actio redhibitoria und quanti minoris), nicht auch der Schadensersatzanspruch aus Zusicherung (actio empti), der kurzen Verjährung unterlagen, hat das BGB. alle drei Ansprüche hinsichtlich der Verjährungsfrist gleichgestellt.

Digitized by Google

käufer den Mangel arglistig verschwiegen, so tritt die gewöhnliche Verjährungszeit von 30 Jahren ein (III, 635). Die Verjährung wird außer durch die gewöhnlichen Unterbrechungsgründe (III, § 61 c) ferner auch unterbrochen (§ 477 Abs. 2) durch den Antrag des Käufers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (probatio in aeternam memoriam, CPO §§ 483 ff., I, 390[37]). Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der in § 477 Abs. 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche (§ 477 Abs. 3). Die kurzen Verjährungsfristen finden keine Anwendung, wenn nicht eine mangelhafte, sondern eine ganz andere Sache, ein „aliud", geliefert ist. Dies ist jedoch häufig streitig, zB. wenn statt der bestellten englischen, amerikanische Steinkohlen geliefert wurden; vgl. S. 429[4].

2. Wie III, 658 dargestellt, kann nach BGB. ein verjährter Anspruch auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden. Der Käufer kann daher, wenn der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt ist, auch gegenüber der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises Einwendungen aus der Mangelhaftigkeit nicht

---

Nach ALR. I, 5 § 343 waren die Gewährleistungsfristen für thatsächliche Mängel: 6 Monate bei beweglichen Sachen, 1 Jahr bei Stadtgrundstücken, 3 Jahre bei Landgütern, berechnet vom Empfange der Sache an. Das BGB. läßt den Unterschied von städtischen und ländlichen Grundstücken fallen und erklärt als den für den Fristlauf maßgebenden Anfangspunkt für Grundstücke die Übergabe, für bewegliche Sachen — in Nachbildung des alten HGB. Art. 347 ff. — die Ablieferung, d. h. (vgl. ERG. 5, 28) den Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer die Gewahrsam der Sache dergestalt aufgiebt, daß der Käufer die Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Akt sich sofort die Gewahrsam der Ware zu verschaffen, sie zu untersuchen und darüber zu verfügen. Die Ablieferung kann der Übergabe vorhergehen, zB. wenn der Kohlenhändler die bestellten Kohlen in Abwesenheit des Käufers in dessen Keller bringt, oder ihr nachfolgen, zB. bei der Übertragung durch constitutum possessorium (§ 930), durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe (§ 931) und nach HGB. §§ 424, 450, 647 durch Übergabe des Lagerscheins, Ladescheins oder Konnossements.

Digitized by Google

mehr vorschützen. Dieser Grundsatz wird jedoch im Anschluß an (altes) HGB. Art. 349 Abs. 3 durch BGB. § 478 für den Fall verlassen, daß der Käufer innerhalb der Verjährungszeit den Mangel dem Verkäufer angezeigt, oder die Anzeige an ihn abgesendet hat, oder Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat. Ist dies geschehen, so bleibt der Käufer trotz eingetretener Verjährung befugt, die Mangelhaftigkeit einredeweise geltend zu machen. Bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers tritt die „Perpetuation der Einrede" ohne weiteres ein.

Das Gleiche gilt — in Einschränkung des § 390 Satz 2, S. 290 — nach § 479 für die Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs.

§ 114. Gewährleistung in besonderen Fällen.

Bei bestimmten Kaufgegenständen finden die in § 113 festgestellten Grundsätze nur mit gewissen Abänderungen Anwendung.

a. Kauf für einen Gesamtpreis.

1. Sind von mehreren für einen Gesamtpreis verkauften Sachen einzelne mangelhaft, so kann grundsätzlich nur in Ansehung dieser die Wandelung verlangt werden. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können (§ 469), zB. wenn ein Viererzug verkauft ist. Findet hiernach nur teilweise Wandelung statt, so ist der Gesamtpreis (GP.) in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande (GW.) zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen (MW.) gestanden

Digitized by Google

haben würde (§ 471), also GP. : x = GW. : MW.). Das Gleiche galt nach bisherigem Rechte: l. 34, 35, 38 §§ 12, 14 D. 21, 1; ALR. I, 5 §§ 339 ff.

Die eben erwähnten Grundsätze gelten aber nicht für den Fall, daß die mehreren Sachen im Verhältnisse von Hauptsache zur Nebensache, also insbesondere zum Zubehör (III, 286), stehen. Nach § 470 erstreckt sich vielmehr die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache stets auch auf die Nebensache, wegen eines Mangels der Nebensache stets nur auf diese.

2. Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen (§ 472 Abs. 2).[1])

b. Gattungskauf.

Für das Gemeine Recht ist es streitig, ob die ädilizischen Rechtsmittel auch auf Gattungskäufe anwendbar sind. Die Römer kannten den Genuskauf nicht, behandeln in den Quellen daher nur den Kauf individuell bestimmter Sachen. BGB. § 480 bestimmt: „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird." „Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigen-

[1]) Ist zB. eine Bibliothek, die zZ. des Verkaufs — Mangelfreiheit vorausgesetzt — einen Wert von 1200 Mk. gehabt haben würde, für 1000 Mk. verkauft und giebt der Käufer soviel Bücher als beschädigt zurück, daß die übrigen einen Wert von 800 Mk. haben, so ergiebt sich die Gleichung: $\frac{1000}{x} = \frac{1200}{800}$, $x = 666\,^2/_3$. Auf diesen Betrag ermäßigt sich der Kaufpreis.

Will der Käufer nicht die beschädigten Bücher zurückgeben (wandeln), sondern mindern und ist der Gesamtwert der Bibliothek wegen der Beschädigung 900 Mk., so ergiebt sich die Gleichung: $\frac{1000}{x} = \frac{1200}{900}$, $x = 750$.

Digitized by Google

schaft oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen." Maßgebend ist hier der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, nicht, wie beim Spezieskauf (§ 463, S. 414), der Kaufabschluß; denn in diesem steht der zu leistende Gegenstand ja noch garnicht fest.

c. Viehkauf.

Für den Verkauf bestimmter Haustiere, nämlich der Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, des Rindviehs, der Schafe und Schweine gelten besondere, dem deutschen Recht entlehnte (II, 503) Grundsätze. Für alle anderen Tiere (zB. Ziegen, Hunde, Katzen, Geflügel, Fische, Raubtiere) gelten dagegen die gewöhnlichen Regeln.

1. Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler (Hauptmängel) und auch diese nur dann zu vertreten, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen.

Die Hauptmängel und die Gewährfristen sind gemäß § 482 durch eine mit Zustimmung des Bundesrats erlassene Kaiserliche Verordnung bestimmt.[2]) Wegen eines

---

[2]) § 482 ist also (ähnlich wie StGB. § 145) ein sog. Blankettgesetz, d. h. er giebt nur den Rahmen für noch zu erlassende Vorschriften ab, die wegen des steten Fortschreitens der Veterinärkunde einer erleichterten Abänderung unterliegen sollen. Die Gewährfristen geben die Zeiten an, in denen sich nach der Erfahrung der betr. Fehler regelmaßig zu zeigen pflegt. Denkbar ist es ja, daß sich ein zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandener Mangel ausnahmsweise erst nach Ablauf der Gewährfrist herausstellt. Da der Käufer dies aber kaum jemals wird nachweisen können, schließt das Gesetz im Interesse der Verminderung der Viehprozesse diesen vermutlich aussichtslosen Beweis überhaupt aus. Ein ähnlicher Gedanke liegt den Vorschriften über die Empfängniszeit zu Grunde (II, 708[4]).

Die auf Grund des § 482 Abs. 2 BGB. ergangene Kaiserliche Verordnung betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. März 1899 unterscheidet: Nutz- und Zuchttiere und Schlachttiere (d. h. solche Tiere, die alsbald geschlachtet werden sollen und bestimmt sind, als Nahrungsmittel für Menschen zu dienen).

a. Nutz- und Zuchttiere. Als Hauptmängel gelten:

Digitized by Google

nicht zu den „Hauptmängeln" gehörenden Fehlers haftet der Verkäufer nicht einmal bei Arglist, sondern nur bei vertragsmäßiger Übernahme, dann aber in gleicher Weise wie für einen Hauptmangel (§ 492). Die Gewährfrist beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht (§ 483); sie kann durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden (§ 486).

2. Zeigt sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist, so wird *vermutet*, daß der Mangel schon zu der Zeit vorhanden gewesen sei, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist (§ 484). Dadurch wird die gemäß § 363 (S. 212) an sich den Käufer treffende Beweislast dem Verkäufer aufgeladen. Dieser muß, um der Gewährleistung zu entgehen, nachweisen, daß der Gewährsmangel erst nach dem Gefahrübergang entstanden ist.

3. Der Käufer kann (abweichend von ALR. I, 5 §§ 317 ff.) *nur Wandelung*, nicht Minderung verlangen, die Wandelung aber auch in den Fällen der §§ 351—353 (S. 238[9]), also wenn er eine Verschlechterung, eine Umgestaltung oder den Untergang verschuldet hat, insbesondere wenn das Tier geschlachtet ist oder der Käufer in Folge einer sonstigen Verfügung über das Tier zu

---

1. bei *Pferden, Eseln, Maulesel n, Maultieren*: Rotz (Wurm), Dummkoller (Gehirnkrankheit), Dämpfigkeit (Kurzatmigkeit), Kehlkopfpfeifen, periodische Augenentzündung (Mondblindheit), Koppen (Krippensetzen); Gewährfrist in allen Fällen: 14 Tage;

2. bei *Rindvieh*: Tuberkulose mit 14 Tagen und Lungenseuche mit 28 Tagen Gewährfrist;

3. bei *Schafen*: Räude; 14 Tage Gewährfrist;

4. bei *Schweinen*: Rotlauf mit 3 Tagen, Schweineseuche mit 10 Tagen Gewährfrist.

b. *Schlachttiere* (auch Pferde usw., wenn sie als Nahrungsmittel für Menschen dienen sollen). Als *Hauptmängel* gelten nur: bei *Pferden* usw. Rotz, bei *Rindvieh* Tuberkulose, sofern infolge davon mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts als Nahrungsmittel für Menschen ungeeignet ist, bei *Schafen* allgemeine Wassersucht, bei *Schweinen* Tuberkulose, Trichinen und Finnen.

Die *Gewährfrist* beträgt bei Schlachttieren in allen Fällen 14 Tage.

Digitized by Google

dessen Rückgewähr außer stande ist; an Stelle der Rückgewähr hat alsdann der Käufer den Wert des Tiers zu vergüten.

Der Verkäufer hat im Falle der Wandelung dem Käufer auch die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tiers zu ersetzen (§ 488.).[3]) Umgekehrt hat der Käufer Nutzungen nur insoweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat (§ 487 Abs. 4).

Hat der Verkäufer das Nichtvorhandensein eines Hauptmangels *zugesichert*, so kann der Käufer statt der Wandelung Schadensersatz verlangen. Ob eine allgemeine Zusicherung, das Tier sei „fehlerfrei", auf alle oder nur auf die Hauptmängel zu beziehen sei, ist Auslegungsfrage. Die Vorschrift der Reichstagsvorlage, daß eine solche Zusage sich im Zweifel nur auf die Hauptmängel beziehen solle, ist gestrichen. Beim Gattungskaufe kann statt der Wandelung Umtausch in ein mangelfreies Tier verlangt werden (§ 491).

4. Der Käufer *verliert* die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder, falls das Tier vor dem Ablaufe der Frist getötet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Tiers den Mangel dem Verkäufer *anzeigt* oder die Anzeige an ihn absendet oder wegen des Mangels Klage gegen den Verkäufer erhebt oder diesem den Streit verkündet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt.

Der Rechtsverlust tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel *arglistig verschwiegen* hat (§ 485).

---

[3]) Um in den meist langwierigen Viehprozessen die Fütterungskosten nicht gar zu sehr anschwellen zu lassen, bestimmt § 489: „Ist über den Anspruch auf Wandelung ein Rechtsstreit anhängig, so ist auf Antrag der einen oder der anderen Partei die öffentliche Versteigerung des Tieres und die Hinterlegung des Erlöses durch einstweilige Verfügung (I, 610) anzuordnen, sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist."

Digitized by Google

5. Der Anspruch auf Wandelung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, verjährt, wenn der Verkäufer nicht arglistig gehandelt oder vertragsmäßig eine längere Garantiefrist versprochen hatte, in 6 Wochen vom Ende der Gewährfrist an. Der Käufer kann jedoch ohne weiteres auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigern und gegen diesen den ihm aus einer Garantie des Verkäufers zustehenden Schadensersatzanspruch aufrechnen (§§ 490, 477). Es bedarf also zur Erhaltung der exceptio redhibitionis nicht der Klageerhebung, sondern nur der in § 485 (S. 427) angeordneten rechtzeitigen Mängelanzeige oder der dieser gleichgestellten Handlungen (Beweissicherung, Streitverkündung).

6. Nach GVG. § 23[2] gehören Streitigkeiten wegen Viehmängel ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands vor die Amtsgerichte.

d. Handelskauf.

1. Die Eigentümlichkeit des Handelskaufs, d. h. desjenigen Warenkaufs, der für beide Teile ein Handelsgeschäft ist (anders altes HGB. Art. 347, S. 429[4]), liegt vor allem darin, daß der Käufer nicht, wie nach BGB. (S. 423), bis kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist mit der Rüge der angeblichen Mangelhaftigkeit der Ware warten darf, sondern daß er zu deren unverzüglicher Untersuchung und zu sofortiger Anzeige eines hierbei entdeckten Mangels verpflichtet ist. HGB. § 377 bestimmt: „Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen".[4])

[4]) § 377 des neuen HGB. unterscheidet sich in zwei wesentlichen Punkten von dem vorbildlich gewesenen Art. 347 des alten HGB.

Digitized by Google

Handelt es sich um einen nicht sofort erkennbaren Mangel (zB. es wird Butter gekauft, die obere Schicht des Fasses ist vortrefflich, die untere verdorben), so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden. In beiden Fällen gilt die Ware bei unterlassener unverzüglicher Anzeige als genehmigt. Der Käufer verliert also schon hierdurch und vor Ablauf der Verjährungszeit von 6 Monaten (BGB. § 477, S. 421) seine Ansprüche und Einreden aus der Mangelhaftigkeit der Ware. Bei arglistigem Verschweigen kann sich der Verkäufer jedoch auf die mangelnde unverzügliche Rüge nicht berufen.

Auf den Viehhandel findet HGB. § 377 gemäß § 382 keine Anwendung.

---

a. Art. 347 bezog sich nur auf Distanzkäufe (S. 89; „Ist die Ware von einem anderen Orte übersendet" . .), § 377 bezieht sich auch auf Platzgeschäfte, insofern ist also die Rügepflicht erweitert.

b. Art. 347 kam gemäß Art. 277 auch dann zur Anwendung, wenn das Geschäft auch nur von einer Seite Handelsgeschäft war, also auch, wenn der Abnehmer oder der Verkäufer Nichtkaufmann war, während nach § 377 beide Teile Kaufleute sein müssen; insofern ist also die Rügepflicht beschränkt. Wenn also Rentier A. bei seinem Kohlenhändler B. eine Lowry Kohlen bestellt, B. seinen Lieferanten C. beauftragt, dem A. die Kohlen unmittelbar zu liefern, so muß B. sich unverzüglich darum kümmern, ob die von C. an A. gelieferten Kohlen nicht etwa mangelhaft sind. Denn da das Verhältnis von A. zu B. durch das eine sofortige Rüge nicht verlangende BGB. bestimmt wird, während die Beziehungen von B. zu C. dem HGB. unterliegen, wäre B., wenn A. nach fünf Monaten Gewährleistung verlangt, seinerseits dem A. haftbar, hätte seine Ansprüche an C. aber verloren.

Bisher war streitig, ob die im alten HGB. Art. 347 bestimmte Rügepflicht auch dann anwendbar sei, wenn nicht mangelhafte, sondern andere als die vertragsmäßige Ware (ein „aliud") geliefert war, wobei fast in jedem einzelnen Falle weiter streitig wurde, ob der Mangel die Ware als ein aliud kennzeichne (S. 422). Zur Beseitigung dieser Zweifel bestimmt neues HGB. § 378: „Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte."

Digitized by Google

Die Vorschriften des HGB. über den Handelskauf finden auch dann Anwendung, wenn eine nicht vertretbare Sache aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe hergestellt wird (anders BGB. § 651, oben S. 376[4]).

2. Ist der Verkauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Ort übersendete Ware beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. Ist die Ware jedoch dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so kann er sie öffentlich verkaufen lassen (§ 379). Gemäß dem (an die Stelle des alten HGB. Art. 348 Abs. 2 bis 4 getretenen) § 488 CPO. kann jeder Teil die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises des Zustands der Ware beantragen.

III. § 115. Besondere Arten des Kaufs.[1] (BGB. §§ 494—514).

a. Kauf nach Probe.

Ein Kauf nach Probe oder Muster ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Käufers geschlossen, daß

---

[1]) Das BGB. behandelt in den §§ 494—514 nur: 1. den Kauf nach Probe und auf Probe, 2. den Wiederkauf und 3. den Vorkauf. Über den Erbschaftskauf vgl. §§ 2371—2385.

Von den bisher als besondere Arten des Kaufs behandelten Verträgen sind im BGB. nicht besonders geregelt u. A.:

a. Der Kauf zur Probe, wobei der Käufer dem Verkäufer eine weitere Entnahme in Aussicht stellt, also „ein unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes" (altes HGB. Art. 341, in das neue HGB. als selbstverständlich nicht übernommen);

b. der Kauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers (in diem addictio, vgl. ALR. I, 11 §§ 272 ff.); oben S. 236;

c. der Kauf unter einer Verwirkungsklausel (lex commissoria); oben S. 233;

d. der Kauf in Pausch und Bogen oder per aversionem. Nach ALR. I, 11 §§ 83 ff., 117, 213 unterschied sich der Kauf in Pausch und Bogen dadurch vom gewöhnlichen Kaufe, daß bei ihm das Zubehör besonders bestimmt war, daß ferner die Gefahr der Verschlechterung schon mit dem Vertragsschluß auf den Käufer überging und endlich die Gewährleistung sich nur auf die

Digitized by Google

die Ware einer Probe oder einem Muster gemäß sei (altes HGB. Art. 340; in das neue HGB. und das BGB. als selbstverständliche Begriffsbestimmung nicht übernommen). Hierbei sind also die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert im Sinne des § 459 Abs. 2 (S. 413) anzusehen (§ 494). Die einzige Besonderheit dieser Kaufart ist hiernach, daß die Zusicherung gewisser Eigenschaften nicht durch Worte und Beschreibung, sondern durch Bezugnahme auf eine Vorlage erfolgt ist.

Die streitige Frage der Beweislast ist dahin zu entscheiden: Solange der Käufer eine Leistung nicht als Erfüllung angenommen hat (§ 363, S. 212), hat Verkäufer sowohl zu beweisen, daß nach Probe verkauft ist, als daß die angebotene Ware der Probe entspricht. Erst mit der Annahme als Erfüllung wird Käufer beweispflichtig. Nur in einem Falle trifft den Käufer auch vor der Erfüllungsannahme die Beweislast der Nichtprobemäßigkeit: wenn ihm nämlich die Probe zu dem Zweck eingehändigt war, damit er die Vertragsmäßigkeit der Lieferung durch Vergleichung feststellen könne und er die Probe schuldhafter Weise beseitigt oder verändert hat. Anders natürlich, wenn die Probe nicht zur Aufbewahrung, sondern zur Vorbereitung des Vertragsschlusses übergeben ist, zB. bei Zusendung von Wein- oder Cigarrenproben. Um Streitigkeiten vorzubeugen, pflegen im Handelsverkehre beide Teile Proben aufzubewahren (Muster und Gegenmuster) oder bei einem Dritten zu hinterlegen, zB. bei dem das Geschäft vermittelnden Handelsmäkler (HGB. § 96).

b. Kauf auf Probe.

Während der Kauf nach Probe ein unbedingter Kauf ist, ist der Kauf auf Probe (oder auf Besicht, emptio ad gustum 433[2], zu unterscheiden vom Kauf zur Probe,

in dem zu Grunde liegenden Anschlag angegebenen Rubriken, nicht aber auf die Zahl der in diesen angegebenen Stücke erstreckte.

Über den Spezifikationskauf vgl. S. 15[4], über den Kauf mit Vorbehalt des Eigentums S. 394, über die Abzahlungsgeschäfte S. 234[5].

Digitized by Google

S. 430[1]) ein bedingter Kauf; er ist nämlich unter der Bedingung geschlossen, daß er erst mit der im Belieben des Käufers stehenden Billigung wirksam werden soll (aufschiebend-bedingter Kauf auf Probe, vgl. zB. § 4 I. 3, 23: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot"); oder daß er sogleich wirksam werden, aber durch im freien Belieben des Käufers stehende Mißbilligung wieder unwirksam werden soll (auflösend-bedingter Kauf auf Probe). Der Verkäufer ist also gebunden, der Käufer nicht. Nach BGB. § 495 (wie schon nach altem HGB. Art. 339) gilt der Kauf auf Probe im Zweifel als unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen, auch wenn die Sache sofort übergeben wird (anders ALR. I, 11 § 263).

Die Frage, ob ein Kauf auf Probe als aufschiebend oder als auflösend bedingt anzusehen sei, hat in doppelter Beziehung praktische Bedeutung:

1. Die Beweislast beim Streite darüber, ob ein Kauf unbedingt oder auf Probe abgeschlossen ist, richtet sich nach den III, 521 entwickelten Grundsätzen über die Beweislast bei bedingten Geschäften. Danach hat in dem Falle, daß Käufer eine aufschiebende Bedingung behauptet — hierfür spricht, wie erwähnt, nach § 495 eine Rechtsvermutung — der Verkäufer die Unbedingtheit zu beweisen, während der einen auflösend-bedingten Probekauf behauptende Käufer für diese Behauptung beweispflichtig ist.

2. Die Gefahr geht beim aufschiebend-bedingten Probekaufe nicht schon mit der Übergabe, sondern erst mit der Billigung auf den Käufer über, während beim auflösend-bedingten Kauf auf Probe die Gefahr sofort auf den Käufer übergeht.

Der Kauf auf Probe ist der einzige Vertrag, bei dem ein Umstand zur Bedingung gesetzt ist, dessen Herbeiführung im freien Belieben[2]) des bedingt Verpflichteten, nämlich des

[2]) Es kommt allerdings auch vor, daß die Billigung nicht in das freie Ermessen des Käufers gestellt sein soll, sondern daß dieser verpflichtet sein soll, seine Billigung zu erklären, wenn er bei der Probe die Kaufsache als gewissen Anforderungen entsprechend fest-

Digitized by Google

Käufers, stehen kann (III, 517[10]), weil dieser bei der Natur des Kaufs als gegenseitigen Vertrags gleichzeitig auch ein bedingt Berechtigter ist. Der dadurch hervorgerufene Schwebezustand kann aber nicht andauern. Ist eine Frist, innerhalb deren die Billigung zu erfolgen hat, nicht vertragsmäßig bestimmt, so kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist bestimmen. Erklärt der Käufer sich innerhalb der Frist nicht, so gilt nach BGB. § 496 (ebenso altes HGB. Art. 339) sein Schweigen als Billigung, wenn die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung *übergeben* war, sonst als Mißbilligung (Stillschweigen als Willenserklärung, III, 449). Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstands zu gestatten (§ 495 Abs. 2).

c. *Wiederkauf.*

1. Ein *Wiederkaufs-* oder *Rückkaufsrecht* ist vorhanden, wenn gelegentlich des Abschlusses eines Kaufs dem Verkäufer durch ein „*pactum de retroemendo*“ (l. 12 D. 19, 5)[3]) das Recht eingeräumt wird, den verkauften Gegenstand zurückzuerwerben.[4]) Die *wirtschaft-*

---

stellen sollte. Hierbei steht die Billigung also nicht in dem freien, sondern in dem richterlich nachzuprüfenden *billigen* Ermessen des Käufers. So faßten die Römer z.B. die Bedingung der **degustatio** beim Weinhandel auf; l. 1 pr., l. 4 pr. § 1, l. 16 D. 18, 6 (erst mit der **degustatio** geht das **periculum acoris et mucoris**, die Gefahr des Sauerwerdens und Schimmelns, auf den Käufer über).

[3]) Denkbar ist auch ein auf Einräumung eines Wiederverkaufsrechts, also eines Rückgaberechts zu Gunsten des Käufers gerichtetes **pactum de retrovendendo**. Das BGB. enthält hierüber jedoch keine Vorschriften.

[4]) Die juristische Erklärung des Wiederkaufsrechts ist streitig. Manche halten es für ein **pactum de contrahendo**, d. h. einen Vorvertrag, durch den sich die Parteien zur Eingehung eines Kaufs (des Rückkaufs) verpflichten; dem widerspricht nach BGB., daß der Wiederkauf gemäß § 497 des Abschlusses eines neuen Vertrags nicht bedarf, vielmehr mit der einseitigen Erklärung des Verkäufers (Wiederkäufers) gegenüber dem Käufer (Wiederverkäufer), daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zu stande kommt. Andere halten es für ein *Rücktrittsrecht* zu Gunsten des Verkäufers. Dann müßte jedoch der erste Kauf zur Auflösung kommen, während nach den

Digitized by Google

liche Bedeutung dieses Nebenvertrags liegt darin, daß der durch seine Vermögenslage zum Verkaufe gedrängte Verkäufer sich dadurch die Möglichkeit offen hält, die verkauften Gegenstände bei Besserung seiner Verhältnisse zurückzuerwerben. Das Rückkaufsgeschäft verfolgt also ähnliche Zwecke, wie das Pfandleihgeschäft, und ist von der Gesetzgebung regelmäßig mit diesem zusammen geordnet worden, so in RGO. § 34: „Als Pfandleihgewerbe gilt auch der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts."

2. Der Wiederkauf kommt nach BGB. § 497 mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zu stande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form (§ 497), braucht also auch bei Grundstücken nicht vor Gericht oder Notar erklärt zu werden (§ 313, S. 386). Natürlich bedarf es aber, da der Wiederkauf als Abschluß eines neuen Kaufs gilt, zur Rückübertragung des Eigentums auf den Verkäufer (Wiederkäufer) der Übergabe oder Rückauflassung.

3. Der Wiederverkäufer (der ehemalige Käufer) ist dem Wiederkäufer (Verkäufer) zur Herausgabe des gekauften Gegenstands nebst Zubehör, zum Schadensersatze für eine von ihm verschuldete wesentliche Verschlechterung, sowie zur Beseitigung der von ihm etwa zu Gunsten Dritter begründeten Rechte, verpflichtet. Dagegen braucht er die bis zum Wiederkaufe gezogenen Nutzungen nicht herauszugeben, haftet nicht für zufällige Verschlechterung oder Vernichtung des Gegenstands und kann die dessen Wert erhöhenden Verbesserungen ersetzt verlangen oder wegnehmen (§§ 498—500).

4. Der Wiederkäufer (der ehemalige Verkäufer) muß

Vorschriften des BGB. ein neuer Kauf mit einem möglicherweise verschiedenen Kaufpreise (§ 501) zu stande kommt. Schollmeyer faßt den das Wiederkaufsrecht begründenden Nebenvertrag als Vorbehalt eines Rechts auf Einlösung des Kaufgegenstands gegen Zahlung einer gewissen Summe, Planck als einen auf Wiederverkauf gerichteten Vertragsantrag auf.

Digitized by Google

im Zweifel den Kaufpreis (ohne Zinsen bis zum Widerruf) zurückzahlen (§ 497 Abs. 2). Es kann aber auch der Schätzungswert zur Zeit des Wiederkaufs als Wiederkaufspreis vereinbart werden. Dann ist der Wiederverkäufer für die Verschlechterung, den Untergang oder die aus einem anderen Grund eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstands nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatze von Verwendungen nicht verpflichtet (§ 501).

5. Das Wiederkaufsrecht kann von mehreren Berechtigten nur gemeinschaftlich ausgeübt werden (§ 502).

6. Das Wiederkaufsrecht wird vom BGB. nicht als ein der Verjährung unterworfener Anspruch (III, 620), sondern als ein an eine Ausschlußfrist gebundenes Recht behandelt. Die Frist beträgt mangels vertragsmäßiger Bestimmung für Grundstücke 30, für andere Gegenstände 3 Jahre von der Begründung des Vorbehalts an.

7. Das in den §§ 497—503 behandelte Wiederkaufsrecht begründet lediglich ein obligatorisches Recht des Verkäufers dem Käufer gegenüber. Es wirkt als bloßes jus ad rem weder einem Dritten gegenüber, selbst wenn dieser den Gegenstand in Kenntnis des Wiederkaufsrechts von dem zum Wiederverkaufe verpflichteten Käufer erworben hatte, noch kann der Wiederkäufer (Verkäufer) gegenüber der Konkursmasse des Wiederverkäufers (Käufers) auf das Wiederkaufsrecht einen Anspruch auf Aussonderung gründen. Vielmehr kann er nur einen von ihm zu begründenden Schadensersatzanspruch als Konkursforderung geltend machen. Will der Verkäufer eines Grundstücks das ausbedungene Wiederkaufsrecht Dritten gegenüber wirksam machen, so muß er es bei der Auflassung in Form der Vormerkung eines Rechts auf Rückauflassung in die II. Abteilung des Grundbuchs eintragen lassen (BGB. §§ 883 ff.).

8. Im Gegensatze zum ALR. I, 11 §§ 312, 315 und zum Vorkaufsrechte (BGB. § 514) ist das Wiederkaufsrecht nach BGB. mangels einer widersprechenden Vorschrift abtretbar und vererblich.

9. Im BGB. wird allein das durch Vertrag

Digitized by Google

begründete Wiederkaufsrecht behandelt. Ein gesetzliches Wiederkaufs- (und Vorkaufs-) Recht enthält § 141 des Pr. Berggesetzes vom 24. Juni 1865, das gemäß EG. Art. 67 durch das BGB. nicht berührt wird (II, 652).

d. Vorkauf.

1. Vorkaufsrecht (jus protimiseos) ist die Befugnis, in einen zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten geschlossenen Kauf über einen bestimmten Gegenstand an Stelle des Käufers einzutreten. Während das Wiederkaufsrecht in jedem Augenblick ausgeübt werden darf, setzt das Vorkaufsrecht den Abschluß eines Kaufs voraus. Die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechts besteht hiernach in der dem Vorkaufsberechtigten gegebenen Möglichkeit, zu verhindern, daß ein gewisser Gegenstand einem bestimmten Interessenkreis entfremdet wird.

2. Man unterscheidet nach dem Entstehungsgrunde: gesetzliches und rechtsgeschäftliches (durch Vertrag oder Testament begründetes), nach der Wirkung: persönliches und dingliches Vorkaufsrecht.

Wie II, 540 dargestellt, kannte das rR. im allgemeinen[5]) nur rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte mit persönlicher Wirkung, während dem deutschen Rechte zahlreiche gesetzliche Vorkaufsrechte mit dinglicher Wirkung entstammten (Retraktrechte). Seit der Einrichtung der Grundbücher wurde es ferner möglich, durch Eintragung einem rechtsgeschäftlichen, an sich nur persönlich (gegen den Verkäufer) wirkenden Vorkaufsrecht absolute Wirkung (gegen jeden Käufer des Gegenstands) zu verschaffen.

Das BGB. kennt nur ein gesetzliches Vorkaufsrecht: das der Miterben hinsichtlich des von einem Mit-

---

[5]) Gesetzliche Vorkaufsrechte hatten nach rR.: der Grundherr hinsichtlich der Emphyteuse (l. 3 C. 4, 66) und der Käufer, wenn der Verkäufer auf Grund einer in diem addictio (S. 236) einen besseren Bieter als Käufer annehmen will (l. 6 § 1, l. 7, 8 D. 18, 2); vgl. auch l. 16 D. 42, 5 (Vorkaufsrecht Verwandter bei venditio bonorum). Über die gesetzlichen Vorkaufsrechte im ALR. vgl. II, 540[21].

Digitized by Google

erben über seinen Erbanteil geschlossenen Erbschaftskaufs (§§ 2034, 2035). Dieses gesetzliche Vorkaufsrecht wirkt auch dem Erbschaftskäufer gegenüber. Daneben bleiben für Preußen die II, 541[21] und 632[4] aufgeführten gesetzlichen Vorkaufsrechte aus dem Enteignungs-, Berg- und Anerbenrecht in Kraft.

Von den hiernach für das BGB. wesentlich nur in Betracht kommenden *rechtsgeschäftlichen* Vorkaufsrechten ist in dem hier zu besprechenden § 504 das *persönlich* wirkende Vorkaufsrecht behandelt, während das durch Eintragung zur Entstehung zu bringende *dingliche* Vorkaufsrecht in das Sachenrecht verwiesen ist (§§ 1094 ff.).

3. Das persönliche Vorkaufsrecht wirkt seinem Begriffe nach ausschließlich gegenüber dem Verpflichteten und ist — bei der Abweisung der dinglichen Wirkung des jus ad rem im BGB., vgl. II, 485[1] — dem Käufer gegenüber selbst dann wirkungslos, wenn dieser beim Erwerbe Kenntnis von dem Bestehen hatte. Verkauft der Verpflichtete den Gegenstand, auf den das persönliche Vorkaufsrecht sich bezieht, so ist hiernach der Kauf rechtsbeständig und nur der Verkäufer dem Vorkaufsberechtigten zur Rückgewähr und, falls diese ihm unmöglich, zum Schadensersatze verpflichtet.

4. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist davon abhängig, daß der Verpflichtete mit einem Dritten einen rechtsbeständigen Kaufvertrag (nicht einen Tausch- oder Schenkungsvertrag) über den Gegenstand oder einen Teil desselben abgeschlossen hat (§ 504, bloße Bereitschaft des Dritten zum Kaufabschlusse, wie nach Gem. R., genügt also nicht), und erfolgt durch formlose Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Mit dieser (empfangsbedürftigen) Erklärung kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zu stande, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (§ 505, vgl. jedoch §§ 507—509).

5. Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen; doch genügt auch eine Mitteilung des

Digitized by Google

Dritten, um den Lauf der Ausschlußfristen zu eröffnen. Ist keine anderweite Frist vereinbart, so kann das Vorkaufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfange der Mitteilung ausgeübt werden (§ 510, ähnlich schon ALR. I, 20 §§ 609, 610). Mangels einer Mitteilung bleibt das Eintrittsrecht des Berechtigten bis zu seinem Tode (§ 514) erhalten; da es kein Anspruch im Sinne des § 194 ist, unterliegt es auch nicht der Verjährung.

6. Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt (§ 511; ebenso ALR. I, 20 § 584, sog. Kindskauf, successio anticipata, II, 633); es ist ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 512, zum Teil anders § 1098) und wenn der Dritte sich zu einer erheblichen, unschätzbaren Gegenleistung verpflichtet hat (§ 507). Wenn es mehreren gemeinschaftlich zusteht, kann es nur im Ganzen ausgeübt werden (§ 513).

7. Im Gegensatze zum Wiederkaufsrecht ist das Vorkaufsrecht im Zweifel unübertragbar und — sofern es nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist — auch unvererblich (§ 514). Hat der Vorkaufsberechtigte es bereits ausgeübt, so sind die dadurch entstandenen Rechte natürlich übertragbar und vererblich.

8. Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam (§ 506). Dagegen ist eine solche Vereinbarung dem Dritten gegenüber wirksam und sogar erforderlich, um die Schadensersatzpflicht des Verkäufers dem Dritten gegenüber für den Fall der Geltendmachung des Vorkaufsrechts auszuschließen.

Digitized by Google

§ 116. IV. Tausch (BGB. § 515).[1])

Tausch (Barattohandel) ist ein Güterumsatzgeschäft, bei dem Ware gegen Ware, nicht wie beim Kaufe, Ware gegen Geld umgesetzt wird. Der Tausch ist das ursprünglichere Rechtsgeschäft, denn er war schon zu einer Zeit möglich, als ein allgemeiner Wertmesser noch nicht anerkannt war; l. 1 pr. D. 18, 1 (vgl. III, 343[1]).

a. Die römischen Rechtsschulen stritten über die rechtliche Behandlung des Tauschs. Die Sabinianer wollten ihn als doppelseitigen Kauf behandelt wissen, während ihn die Prokulianer — wegen der Unmöglichkeit der Unterscheidung, was merx und was pretium sei — als Innominatkontrakt auffaßten (Gajus III § 141). Die praktische Bedeutung dieser verschiedenartigen Behandlung lag vor allem darin, daß nach der ersteren Ansicht der Tausch, wie ein Kauf, nudo consensu, nach der zweiten erst durch die Vorleistung bindend wurde (und auch nur mit Reurecht des Gebers, S. 194) und die Gefahr auf den Gegner übertrug. Justinian schloß sich in dieser Frage ausnahmsweise (I, 127) den Prokulianern an (l. 1 § 1 D. 18, 1, l. 1 § 2 D. 19, 4).

b. Der herrschenden Meinung des Gemeinen Rechts und dem ALR. I, 11 § 364 folgend, bestimmt BGB. § 515: „Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.“[2])

Über das Wechseln von Geld vgl. oben S. 381.

---

[1]) Digestentitel 19, 4, Kodextitel 4, 64: De rerum permutatione. ALR. I, 11, zweiter Abschnitt: Vom Tauschvertrage (§§ 363—375).

[2]) Es finden also auch die für den Kauf gegebenen Vorschriften betreffs der Rechtsverschaffung und der Gewährleistung ohne weiteres Anwendung, während nach den einer früheren gemeinrechtlichen Anschauung folgenden §§ 368 ff. I, 11 ALR. die Partei, der die im Tausch empfangene Sache entzogen ist, auf Verlangen des Gegners die dagegen geleistete Sache (nicht den Wert der entzogenen) erstatten muß.

Übrigens waren schon nach rR. beim Tausche beide Parteien zum „dare“, also zur Eigentumsverschaffung, nicht zum bloßen „habere licere praestare“, wie beim Kaufe (S. 398), verpflichtet, sodaß die Gewährspflicht wegen Rechtsmängel der hingegebenen Sache deren Eviktion nicht unbedingt voraussetzte.

Digitized by Google

Zweiter Titel. (BGB. §§ 516—534.)

§ 117. Schenkung.

a. Begriff.

Schenkung[1]) ist eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, sofern beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Nach dieser dem § 516 BGB. entnommenen Begriffsbestimmung gehören zum Begriffe der Schenkung folgende Merkmale:

1. Vermögenszuwendung ohne Entgelt (objektives Merkmal).

Die Schenkung gehört zu der Klasse der unentgeltlichen Verfügungen, deren Merkmal ist, daß ein Recht einem Anderen zugewendet wird, ohne daß dieser auf die Zuwendung ein Recht hat und ohne daß er zu einer Gegenleistung verpflichtet werden soll. Wie schon III, 389[8] dargelegt, deckt sich der Begriff der Schenkung nicht mit dem der unentgeltlichen Verfügung. Der letztere Begriff ist vielmehr weiter. Er umfaßt zB. auch die Stiftung (BGB. § 81) und die Ausstattung (§ 1624, oben S. 173[4]). Es ist jedoch nur diejenige unentgeltliche Verfügung eine Schenkung, bei welcher eine Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Vermögens des Schenkenden erfolgt oder, wie das rR. dies gelegentlich der Begriffsbestimmung der donatio inter virum et uxorem ausdrückt

---

[1]) Institutionentitel 2, 7, Digestentitel 39, 5, Codextitel 8, 53: De donationibus. ALR. I, 11, neunter Abschnitt: „Von Schenkungen" (§§ 1037—1177).

Die Stellung der Schenkung im Systeme war gemeinrechtlich bestritten. Da sie in den Institutionen (nach ihrem hauptsächlichen Anwendungsfall) als Eigentumserwerbsart der Ersitzung angeschlossen ist, so wurde sie anfänglich im Sachenrechte behandelt. Später, seit Buchta und Savigny, wurde sie wegen ihrer auf alle Vermögensstücke sich erstreckenden Bedeutung in den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse verwiesen. Das BGB. hat die Schenkung dagegen als ein besonders geartetes Veräußerungsgeschäft im besonderen Teile des II. Buchs behandelt.

Digitized by Google

(l. 5 § 8 D. 24, 1): „quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem.“ Hieraus folgt:

α. Keine Schenkung liegt vor, wenn durch eine unentgeltliche Zuwendung zwar eine Bereicherung des Bedachten, aber keine Vermögensverminderung beim Zuwendenden eintritt, zB. wenn ich meinem Schuldner durch Pfand oder Bürgschaft erhöhte Sicherheit verschaffe, wenn ich einem Freunde das Fremdenzimmer der von mir bewohnten Villa auf einige Tage einräume, ihm ein Buch oder Wirtschaftsgegenstand leihe, ihm von meinem baren Gelde zwanzig Mark vorstrecke. Denn mein Vermögen würde nicht mehr betragen, wenn ich diese Akte nicht vorgenommen haben würde. Wohl aber ist es eine Schenkung, wenn als Folge einer Zuwendung bei dem Zuwendenden zwar keine Kapitalsverminderung eingetreten, aber eine Vermögensmehrung verhindert ist, die nach dem natürlichen Laufe der Dinge eingetreten wäre. Daher liegt Schenkung vor, wenn der Eigentümer eines Miethauses jemandem die unentgeltliche Benutzung einer Wohnung gestattet (l. 9 pr. D. 39, 5), wenn ein Leihbibliothekbesitzer jemanden unentgeltlich lesen läßt, wenn jemand zinstragende Wertpapiere verkauft, um das Geld einem Freund als zinsloses Darlehen zu geben. Ebenso ist es eine Schenkung, wenn versprochene Zinsen für die Zukunft erlassen werden. Es handelt sich hierbei um Aufgabe eines bereits erworbenen, nur nicht fälligen Rechts.

β. Keine Schenkung liegt ferner vor, wenn keine Überführung eines Rechts aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen erfolgt, sondern wenn das Vermögen jemandes dadurch einen Zuwachs erhält, daß ein Anderer einen Vermögenserwerb ablehnt. Es ist zB. keine Schenkung, wenn von zwei zu einem Familienstipendium gleichmäßig Berechtigten der eine seinen Anspruch nicht geltend macht, so daß der andere das Stipendium allein erhält, oder wenn von zwei Schürfern der erste Finder nicht mutet (II, 642) oder der zum Vorkaufe Berechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausübt (S. 438). Daher bestimmt BGB. § 517 in Übereinstimmung mit dem bisherigen

Digitized by Google

Rechte (l. 5 §§ 13, 14, l. 31 § 7 D. 24, 1; ALR. I, 11 § 1039): „Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteile eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt".[2])

Die begriffliche Aussonderung der Schenkung aus dem umfassenderen Begriffe der unentgeltlichen Verfügung ist deshalb erforderlich, weil die später zu erörternden Sondernormen (BGB. §§ 516—534, vgl. noch §§ 1301, 1446, 1584, 1624, 1641, 1804, 2113, 2301, 2325, 2330, ferner EGBGB. Art. 86, 87) sich nur auf die eigentliche Schenkung beziehen. Dagegen sind alle unentgeltlichen Verfügungen einer erleichterten Anfechtung, vgl. I, 640 und III, 390[8] unterworfen, und auf alle unentgeltlichen Zuwendungen beziehen sich zB. BGB. §§ 1369 (Vorbehaltsgut), 1639, 1651 (freies Kindesvermögen; vgl. §§ 1803, 1909).

2. Einigkeit beider Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (subjektives Merkmal).

α. Wie bei jeder Veräußerung, so ist auch bei der auf Grund einer Schenkung erfolgenden zu unterscheiden: das dingliche Rechtsgeschäft, durch welches die Überführung des Vermögensstücks aus dem Vermögen des Veräußerers in das des Erwerbers bewirkt wird (Übergabe, Auflassung, Abtretung), und das dem „dinglichen Vertrage" zu Grunde liegende Kausalgeschäft (Kauf, Tausch, Schenkung). Das in § 516 als Begriffsmerkmal der

[2]) Hinsichtlich der Erbschaft und des Vermächtnisses ist diese Vorschrift bemerkenswert, weil nach dem das BGB. im Gegensatze zum rR. beherrschenden Prinzipe des ipso jure-Erwerbs (§§ 1942, 2176, vgl. II. 740[6]) der Erwerb mortis causa sich mit dem Anfalle vollzieht. Das BGB. will jedoch auch Erbschaft und Vermächtnis als „angefallene, aber noch nicht endgültig erworbene Rechte" betrachtet wissen, da nach §§ 1953, 2180 Abs. 3 mit der Ausschlagung der Anfall als nicht erfolgt gilt. Dagegen ist der unentgeltliche Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch, da dieser nach § 2317 mit dem Erbfall entsteht, Schenkung.

Digitized by Google

Schenkung aufgestellte Erfordernis der Einigkeit beider Teile darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt, bezieht sich natürlich nur auf das Kausalgeschäft; denn für die Rechtsbeständigkeit der Veräußerung als solcher, also des dinglichen Vertrags, als eines abstrakten Rechtsgeschäfts ist hinreichend, daß die Parteien den Veräußerungswillen, den „animus dominii transferendi et adquirendi", haben, auf ihre Einigung über den Veräußerungs*zweck* kommt hierfür nichts an (II, 545[2], III, 403[11]).[3])

Ist ferner Einigkeit der Parteien darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll, vorhanden, dann ist der Beweggrund, der den Veräußerer zur unentgeltlichen Weggabe veranlaßt, wie auch sonst (III, 394) belanglos; die Schenkung setzt begrifflich nur den *animus donandi* im Sinne der „Absicht unentgeltlicher Hingabe", nicht auch im Sinn einer „Absicht der Bereicherung des Gegners" voraus. Vielmehr ist zB. auch die unentgeltliche Veräußerung einer Sache, bloß um sie los zu sein, oder in der Absicht, dadurch mittelbar einen Ertrag zu erzielen[4]),

---

[3]) Wenn ich also zwei Exemplare der Bismarckmemoiren geschenkt bekommen habe und ein mich besuchender Freund meine Frage „Willst du mir nicht ein Exemplar abnehmen?" bejaht und das Buch mitnimmt, so ist zwar keine Schenkung vorhanden, wenn ich an Kauf, er an Schenkung denkt; aber das Eigentum an dem Buch ist auf den Freund übergegangen. Ich kann also, wenn sich die mangelnde Einigung hinsichtlich des Kausalgeschäfts später herausstellt, das Buch zwar mit einer persönlichen Klage (condictio sine causa) von meinem Freunde, nicht aber mit einer dinglichen (vindicatio) von einem Dritten zurückverlangen.

[4]) So hat zB. das Reichsgericht (ERG. 23, 207) in dem S. 159[3] erwähnten Prozesse v. Carstenn gegen Pr. Militärfiskus entschieden. C. überließ dem Pr. Militärfiskus ohne Entgelt einen Teil der ihm gehörigen Ländereien in Lichterfelde bei Berlin zum Zwecke der Erbauung einer Hauptkadettenanstalt, in der Hoffnung, daß er hierfür durch das Steigen der Bodenpreise für den Rest werde entschädigt werden. Später verarmt, verklagte er den Fiskus auf Zahlung der Kompetenz aus ALR. I, 11 § 1123 in Höhe von 6% des Werts der Schenkung. Der Fiskus wendete ein, daß hier keine Schenkung vorliege, da C.s Absicht nicht auf Bereicherung des Fiskus, sondern auf Steigerung des Werts der ihm verbleibenden Grundstücke gerichtet gewesen sei. Das RG. verurteilte den Fiskus jedoch, weil die Erwartung der Erlangung dieses Vorteils bloßer Beweggrund gewesen sei. Als

Digitized by Google

Rechte (l. 5 §§ 13, 14, l. 31 § 7 D. 24, 1; ALR. I, 11 § 1039): „Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteile eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt".[2])

Die begriffliche Aussonderung der Schenkung aus dem umfassenderen Begriffe der unentgeltlichen Verfügung ist deshalb erforderlich, weil die später zu erörternden Sondernormen (BGB. §§ 516—534, vgl. noch §§ 1301, 1446, 1584, 1624, 1641, 1804, 2113, 2301, 2325, 2330, ferner EGBGB. Art. 86, 87) sich nur auf die eigentliche Schenkung beziehen. Dagegen sind alle unentgeltlichen Verfügungen einer erleichterten Anfechtung, vgl. I, 640 und III, 390[8] unterworfen, und auf alle unentgeltlichen Zuwendungen beziehen sich zB. BGB. §§ 1369 (Vorbehaltsgut), 1639, 1651 (freies Kindesvermögen; vgl. §§ 1803, 1909).

2. Einigkeit beider Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (subjektives Merkmal).

α. Wie bei jeder Veräußerung, so ist auch bei der auf Grund einer Schenkung erfolgenden zu unterscheiden: das dingliche Rechtsgeschäft, durch welches die Überführung des Vermögensstücks aus dem Vermögen des Veräußerers in das des Erwerbers bewirkt wird (Übergabe, Auflassung, Abtretung), und das dem „dinglichen Vertrage" zu Grunde liegende Kausalgeschäft (Kauf, Tausch, Schenkung). Das in § 516 als Begriffsmerkmal der

---

[2]) Hinsichtlich der Erbschaft und des Vermächtnisses ist diese Vorschrift bemerkenswert, weil nach dem das BGB. im Gegensatze zum rR. beherrschenden Prinzipe des ipso jure-Erwerbs (§§ 1942, 2176, vgl. II. 740[6]) der Erwerb mortis causa sich mit dem Anfalle vollzieht. Das BGB. will jedoch auch Erbschaft und Vermächtnis als „angefallene, aber noch nicht endgültig erworbene Rechte" betrachtet wissen, da nach §§ 1953, 2180 Abs. 3 mit der Ausschlagung der Anfall als nicht erfolgt gilt. Dagegen ist der unentgeltliche Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch, da dieser nach § 2317 mit dem Erbfall entsteht, Schenkung.

Digitized by Google

Schenkung aufgestellte Erfordernis der Einigkeit beider Teile darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt, bezieht sich natürlich nur auf das Kausalgeschäft; denn für die Rechtsbeständigkeit der Veräußerung als solcher, also des dinglichen Vertrags, als eines abstrakten Rechtsgeschäfts ist hinreichend, daß die Parteien den Veräußerungswillen, den „animus dominii transferendi et adquirendi", haben, auf ihre Einigung über den Veräußerungs*zweck* kommt hierfür nichts an (II, 545[2], III, 403[11]).[3])

Ist ferner Einigkeit der Parteien darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll, vorhanden, dann ist der Beweggrund, der den Veräußerer zur unentgeltlichen Weggabe veranlaßt, wie auch sonst (III, 394) belanglos; die Schenkung setzt begrifflich nur den *animus donandi* im Sinne der „Absicht unentgeltlicher Hingabe", nicht auch im Sinn einer „Absicht der Bereicherung des Gegners" voraus. Vielmehr ist zB. auch die unentgeltliche Veräußerung einer Sache, bloß um sie los zu sein, oder in der Absicht, dadurch mittelbar einen Ertrag zu erzielen[4]),

---

[3]) Wenn ich also zwei Exemplare der Bismarckmemoiren geschenkt bekommen habe und ein mich besuchender Freund meine Frage „Willst du mir nicht ein Exemplar abnehmen?" bejaht und das Buch mitnimmt, so ist zwar keine Schenkung vorhanden, wenn ich an Kauf, er an Schenkung denkt; aber das Eigentum an dem Buch ist auf den Freund übergegangen. Ich kann also, wenn sich die mangelnde Einigung hinsichtlich des Kausalgeschäfts später herausstellt, das Buch zwar mit einer persönlichen Klage (condictio sine causa) von meinem Freunde, nicht aber mit einer dinglichen (vindicatio) von einem Dritten zurückverlangen.

[4]) So hat zB. das Reichsgericht (ERG. 23, 207) in dem S. 159[3] erwähnten Prozesse v. Carstenn gegen Pr. Militärfiskus entschieden. C. überließ dem Pr. Militärfiskus ohne Entgelt einen Teil der ihm gehörigen Ländereien in Lichterfelde bei Berlin zum Zwecke der Erbauung einer Hauptkadettenanstalt, in der Hoffnung, daß er hierfür durch das Steigen der Bodenpreise für den Rest werde entschädigt werden. Später verarmt, verklagte er den Fiskus auf Zahlung der Kompetenz aus ALR. I, 11 § 1123 in Höhe von 6% des Werts der Schenkung. Der Fiskus wendete ein, daß hier keine Schenkung vorliege, da C.s Absicht nicht auf Bereicherung des Fiskus, sondern auf Steigerung des Werts der ihm verbleibenden Grundstücke gerichtet gewesen sei. Das RG. verurteilte den Fiskus jedoch, weil die Erwartung der Erlangung dieses Vorteils bloßer Beweggrund gewesen sei. Als

Digitized by Google

Schenkung („Danaergeschenk!"). Das Verschweigen des Beweggrunds einer Schenkung kann übrigens unter dem Gesichtspunkte der Arglist Rechtsfolgen haben (unten S. 453).

Nach ALR. I, 11 § 1040 sprach eine allgemeine Rechtsvermutung gegen die Schenkung. Wenn also A. den B. auf Bezahlung des Kaufpreises für ein ihm angeblich verkauftes und übergebenes Pferd verklagt und B. einwendet, daß das Pferd schenkweise übergeben ist, so mußte unter der Herrschaft des ALR. B. dies beweisen. Umgekehrt waren in den §§ 1041 ff. I, 11 Rechtsvermutungen für den animus donandi aufgestellt, wenn etwas an nahe Verwandte, an Arme oder an milde Stiftungen gegeben worden ist. Das BGB. hat die allgemeine Vermutung des § 1040 I, 11 gegen die Schenkung nicht übernommen; es kommen also die allgemeinen Beweisgrundsätze zur Anwendung. Nach BGB. hat daher in dem eben erwähnten Beispiel A. den Kauf zu beweisen, B.s Einwand gilt als Leugnen des Abschlusses eines Kaufvertrags, also als „negative Litiskontestation" (I, 217[3]). Klagt aber zB. A. gegen die B. auf Herausgabe von Wertpapieren, die nachweislich kurz vor dem Tode seines Erblassers C. in dessen Vermögen gewesen waren und behauptet die B., daß C. ihr die Papiere auf seinem Sterbebette schenkungshalber übergeben hat, dann muß sie diese der rei vindicatio des A. entgegengesetzte exceptio dominii beweisen und zum Zwecke des Nachweises, daß die Übergabe zwecks Eigentumsübergangs erfolgt sei, die angebliche Schenkung beweisen. Für einzelne Fälle hat das BGB. allerdings Vermutungen für den animus donandi aufgestellt, nämlich in den §§ 685 („Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen"), 1429, 1618 (ebenso, wenn die Frau oder ein

Schenkungen zu beurteilen sind hiernach auch die sog. schreienden Schenkungen (Beiträge für ein Denkmal, eine Kirche oder milde Anstalt, zwecks Erlangung einer öffentlichen Ehrung).

Digitized by Google

dem elterlichen Hausstand angehörendes Kind zur Bestreitung der Kosten des Haushalts eine Aufwendung macht) und 1624 (vgl. S. 173[4]).

β. Wenn BGB. § 516 die Einigung der beiden Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zum Begriffsmerkmale der Schenkung erklärt, so ist damit in Entscheidung einer gemeinrechtlichen Streitfrage[5]) gleichzeitig ausgesprochen, daß die Schenkung ein Vertrag ist. Eine unentgeltliche Zuwendung wird erst dadurch zur Schenkung, daß sie vom Bedachten angenommen wird (ebenso schon ALR. I, 11 § 1058). Vielfach bedarf es nun allerdings zur Zuwendung, d. h. zur dinglichen Überführung des zugewendeten Vermögensstücks in das Vermögen des zu Beschenkenden, gar nicht seiner Einwilligung oder Mitwirkung, zB. wenn der Schenker Schulden des Beschenkten bezahlt, (S. 80), eine Hypothek auf ihn umschreiben oder eine neue Hypothek für ihn eintragen läßt. Auch in solchen Fällen, in denen die Zuwendung ohne den Willen des Anderen bewirkt werden kann, bedarf es jedoch der Annahme der Zuwendung durch den Empfänger als einer Schenkung. So lange der Empfänger sich noch nicht erklärt hat, liegt in der schenkungsweise erfolgten Zuwendung, also trotzdem schon dadurch die dingliche Überführung in das Vermögen des Beschenkten erfolgt ist, zunächst nur das Angebot zum Abschluß eines Schenkungsvertrags, das von anderen Vertragsangeboten sich nur dadurch unterscheidet, daß der Schenker an sein Angebot bis zur Erklärung des Beschenkten gebunden sein will. Nach

---

[5]) Nach der herrschenden Meinung (Windscheid, Dernburg) war auch nach rR. Annahme seitens des Beschenkten erforderlich. Dafür sprechen zB. l. 19 § 2 D. 39, 5 („**Non potest liberalitas nolenti adquiri**") und l. 18 D. 12, 1 (abgedruckt III, 402[10]). Andere, zB. Savigny, dagegen hielten für rR. eine Annahme nur in den Fällen für unerläßlich, in welchen das dingliche Veräußerungsgeschäft ohne Mitwirkung des Beschenkten nicht vollzogen werden kann, wie bei der Schenkung durch Eigentumsübertragung, während sie in den übrigen Fällen (zB. bei der Schenkung durch Bezahlung einer Schuld des Beschenkten) eine Annahme für überflüssig erklärten. Sie beriefen sich für ihre Ansicht zB. auf l. 5 §§ 6, 7, l. 7 § 7 D. 24, 1.

Digitized by Google

§ 516 Abs. 2 kann der Schenker diesen Schwebezustand dadurch beseitigen, daß er den Beschenkten zur Erklärung über die Annahme unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordert. Erklärt sich der Beschenkte binnen dieser Frist nicht, so gilt die Schenkung als angenommen.[6]) Lehnt er die Schenkung ab, so besitzt er das durch das dingliche Geschäft in sein Vermögen Gebrachte ohne Rechtsgrund, da das die Zuwendung rechtfertigende Kausalgeschäft, der Schenkungsvertrag, nicht zu stande gekommen ist: der Gebende kann das Zugewendete daher nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (mit einer condictio causa data causa non secuta, BGB. §§ 812 ff.) zurückfordern.

b. Abschluß.

Schenkungen sind in doppelter Beziehung gewissen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen, sowohl hinsichtlich der Fähigkeit der bei dem Abschlusse von Schenkungsverträgen Beteiligten als hinsichtlich der hierbei zu beobachtenden Form.

1. Fähigkeit.

Die Schenkung ist ein für den Schenker nur lästiges (oneroses), für den Empfänger nur vorteilhaftes Rechtsgeschäft. Daraus erklärt sich:

α. Schenken kann nur, wer den zum Geschenke bestimmten Gegenstand veräußern darf und verpflichtungsfähig ist. Hierbei sind aber die Verwalter fremden Vermögens noch besonders beschränkt: sie dürfen, selbst wenn sie an sich zur Veräußerung selbständig befugt sind, doch Schenkungen nicht ohne weiteres vornehmen; vgl. BGB. §§ 1446 (Schenkungen des Ehemanns aus dem Gesamtgute bedürfen der Einwilligung der Frau), 1641, 1686, 1804 (Vater, Mutter und Vormund können nicht in Vertretung des Kindes Schenkungen machen), 2113, 2205, 2207 (der

[6]) Diese ungewöhnliche (III, 46) Fiktion des § 516 Abs. 2 BGB. ist damit begründet, daß die Ablehnung von Schenkungen die Ausnahme bildet.

Digitized by Google

Vorerbe oder Testamentsvollstrecker kann nicht Schenkungen vornehmen). In allen diesen Fällen sind aber Schenkungen gültig, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (S. 459).

β. Annehmen kann der Beschenkte die Schenkungen, sofern er auch nur fähig ist, Rechte zu erwerben, daher auch ein Minderjähriger (BGB. § 107, III, 150). Nach ALR. I, 11 § 1060 konnte für einen wegen Kindheit, Krankheit oder sonst wegen Mangels an Verstand an der Annahme Behinderten jeder Dritte das Geschenk annehmen. Das BGB. enthält keine entsprechende Vorschrift. Dies ist aber ohne erhebliche Bedeutung. Denn da das in der Hingabe des Geschenks liegende Angebot nicht an die sonstigen Fristen (III, 504) gebunden ist (S. 445), so kann die Annahme auch noch der Rückforderungsklage gegenüber erklärt werden.

Mit der Fähigkeit zur Annahme nicht zu verwechseln, ist die Fähigkeit zum Erwerb eines Geschenks (Kapazität), welche der „manus mortua" nur in den II, 347[8] und III, 181[5] erörterten Grenzen gestattet ist.[7])

2. Form.

Wie schon S. 442 bemerkt, muß man bei der Schenkung,

---

[7]) Für Preußen ist (EGBGB. Art. 86) das bisherige Gesetz vom 23. Februar 1870 betr. die Genehmigung zu Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen, sowie zur Übertragung von unbeweglichen Gegenständen an Korporationen und andere juristische Personen ersetzt (AGBGB. Art. 89[20]) durch Art. 6 § 1 AGBGB.: „Schenkungen oder Zuwendungen von Todeswegen an juristische Personen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrage nach der Genehmigung des Königs oder der durch Königliche Verordnung bestimmten Behörde, wenn sie Gegenstände im Werte von mehr als fünftausend Mark betreffen." Die Empfangnahme oder Verabfolgung genehmigungspflichtiger Zuwendungen vor erteilter Genehmigung wird mit Geldstrafe bis zu 900 Mk. bestraft. Auf Familienstiftungen findet Art. 6 keine Anwendung (vgl. III, 192[1]).

Gemäß EGBGB. Art. 87 bleiben unberührt (können also auch neu eingeführt werden, Art. 218) die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von staatlicher Genehmigung abhängig machen (III, 114).

Digitized by Google

wie bei jeder Veräußerung, das (dingliche) Veräußerungsgeschäft von dem (obligatorischen) Schenkungsvertrage trennen.

α. Vielfach geht dem dinglichen Vertrag (also der Übergabe, Auflassung, Abtretung oder dem Erlasse) der Schenkungsvertrag zeitlich voraus. Dann ist, falls durch den Schenkungsvertrag eine Verpflichtung des Schenkers hergestellt ist, der dingliche Vertrag als Erfüllung des Schenkungsvertrags anzusehen, die nötigenfalls vom Beschenkten im Wege der Klage erzwungen werden kann. Um nun leichtsinnige Schenkungsversprechen zu verhindern, schreibt BGB. § 518 Abs. 1 im Anschluß an das bisherige Recht[8]) zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den

---

[8]) a. Nach rR. war das Schenkungsversprechen einer besonderen Form ursprünglich nicht unterworfen. Durch die **lex Cincia de donis et muneribus**, ein durch die **Fragmenta Vaticana** (I, 134) bekannt gewordenes Plebiszit von 204 v. Chr., wurden Schenkungsversprechen, soweit sie ein gewisses (uns nicht bekanntes) Maß überstiegen, bestimmten Beschränkungen unterworfen. Sie sollten zwar nicht nichtig, aber anfechtbar sein, insofern als der Schenker befugt war, der auf Erfüllung des Schenkungsversprechens gerichteten Klage eine **exceptio (legis Cinciae)** entgegenzusetzen. Die Anfechtbarkeit fiel jedoch fort, wenn der Schenker entweder ohne Widerruf gestorben war („**morte Cincia removetur**") oder das Schenkungsversprechen völlig erfüllt hatte. Bei beweglichen Sachen gehörte außer der Übergabe dazu, daß der Beschenkte auch nicht mehr dem **interdictum utrubi** unterworfen, also länger als sechs Monate (**majore parte hujusce anni**, I, 307) im Besitze war. Gewisse Personen (**personae exceptae**: Verwandte bis zum fünften Grad und vom sechsten die **sobrini**, I, 98, nächste Verschwägerte, Patron, Mündel, Lebensretter) unterlagen der **exceptio legis Cinciae** von vornherein nicht.

In der Kaiserzeit geriet die **lex Cincia** in Vergessenheit. Die Schenkungen wurden nunmehr aber, besonders seit Konstantius Chlorus, an eine Form, die sog. **Insinuation** geknüpft, d. h. an eine Abgabe des Schenkungsversprechens zu gerichtlichem Protokoll (**professio apud acta**). Justinian führte im Interesse der Schenkungen zu frommen Zwecken einige Erleichterungen ein. Nur Schenkungen über 500 (früher 300, l. 36 § 3 C. 8, 54) **solidi** sollten **hinsichtlich des Übermaßes** gerichtlicher Insinuation bedürfen, geringere sollten selbst ohne Stipulationsform verpflichtend sein (**pactum legitimum**, S. 196, sog. **condictio ex lege** 35 C. 8, 53). Ohne Rücksicht auf den Betrag sollten auch formlos gültig sein zB. Schenkungen des

Digitized by Google

eine Leistung schenkweise versprochen wird, eine besondere Form vor, nämlich gerichtliche oder notarielle Beurkundung.[9]) An diese Form ist aber nur das Schenkungs*versprechen*, nicht dessen Annahme gebunden; denn § 516 Abs. 2 (oben S. 446) ergiebt, daß sogar Stillschweigen die Annahmeerklärung ersetzen kann. Ist die Form nicht beachtet, so ist der Schenker zur Bewirkung der versprochenen Leistung nicht verpflichtet. Bewirkt er sie aber trotzdem freiwillig, so wird dadurch der Mangel der Form geheilt (§ 518 Abs. 2). Das Gesetz geht davon aus, daß man leicht etwas verspricht, sich aber sehr besinnt, wenn man etwas fortgeben soll. Daher wird für die schenkweise Veräußerung als solche eine Form nicht für erforderlich erachtet.

Kaisers und an ihn, zum Wiederaufbau von Gebäuden, **ad pias causas**.

Die gemeinrechtliche Praxis nach der Rezeption stellte den **solidus** dem Reichsdukaten = vier Gulden gleich. Anfänglich verstand man darunter den Gulden des 18 Gulden-Fußes (III, 356) und bestimmte den Wert der 500 solidi, mit denen die „große Schenkung" begann, auf 4666 2/3 Mk. Dem hat sich mit der neueren Praxis auch das Reichsgericht (zB. ERG. 1, 313; 18, 180) angeschlossen, während Savigny den Wert der 500 Solidi unter Zugrundelegung des 20-Guldenfußes auf 4200 Mk. berechnete (I, 47[1]).

b. Nach ALR. I, 11 §§ 1063 ff. war jedes Schenkungsversprechen ohne Rücksicht auf den Wert seinem vollen Betrage nach von gerichtlicher Erklärung abhängig. Allerdings wurde durch vollständige Erfüllung der Formmangel geheilt, jedoch behielt der Schenker (ob auch sein Erbe, war streitig) 6 Monate lang das Recht des freien Widerrufs, ohne Gründe angeben zu müssen. Dieses Widerrufsrecht ist in das BGB. nicht übergegangen (S. 454[18]).

[9]) Soweit eine Schenkung Handelsgeschäft ist (was nicht undenkbar ist, zB. Trinkgelder, Gratifikationen an das Personal, Gelegenheitsgeschenke an die Stammkundschaft), war sie nach dem Art. 317 des alten HGB. formfrei. In das neue HGB. ist jedoch eine die Formfreiheit aller Handelsgeschäfte aussprechende Vorschrift nicht aufgenommen, weil das BGB. ja ebenfalls grundsätzlich die Formfreiheit eingeführt hat (III, 451). Es kommen daher die Vorschriften des BGB. auch auf Handelsgeschäfte zur Anwendung und zwar auch, soweit das BGB. für einzelne Geschäfte Formen vorschreibt (vgl. nur neues HGB. § 350). Der Bestimmung des § 518 BGB. unterliegen daher auch die als Handelsgeschäfte aufzufassenden Schenkungs*versprechen*.

Digitized by Google

β. Eine Form ist auch nicht erforderlich in den häufigen Fällen, in denen der Schenkungsvertrag mit dem dinglichen Veräußerungsgeschäfte zeitlich zusammenfällt (sog. Handgeschenk, zB. ich drücke einem mich ansprechenden Bettler ein Geldstück in die Hand).

Wann eine Schenkung als „bewirkt" anzusehen ist, sodaß sie trotz mangelnder Form bindend wird, das richtet sich nach ihrem Gegenstand und dem Vorgange (dem dinglichen Vertrage), der zur Überführung der Schenkung in das Vermögen des Beschenkten erforderlich ist. Man sprach früher davon, daß eine Schenkung bewirkt werden könne: dando, liberando, promittendo. Das gilt auch nach BGB.; dando: die Schenkung wird durch Übergabe bei beweglichen, Auflassung bei unbeweglichen, Abtretung bei Forderungen[10]) bewirkt; liberando: mit dem vom Gläubiger erklärten, vom Schuldner angenommenen Erlasse, der vom BGB. als abstrakter dinglicher Vertrag aufgefaßt wird (S. 297), gilt die Schenkung als bewirkt. Für die Bewirkung einer Schenkung „promittendo" kommen nur diejenigen Akte in Betracht, durch welche der Schuldner bereits mit dem Eingehen der Schuldverpflichtung ein Recht in das Vermögen des Schuldners überführt; dies trifft aber nur zu bei den abstrakten Schuldverpflichtungen, insbesondere dem

---

[10]) Ist eine Forderung in einem Wertpapiere verkörpert, so erfolgt die Veräußerung nach Maßgabe der Vorschriften über bewegliche körperliche Sachen. Die Schenkung eines mit Blankoindossament versehenen Wechsels oder eines Pfandbriefs wird also durch einfache Übergabe bewirkt. Dagegen kann ein Sparkassenguthaben nicht durch bloße Aushändigung des Sparkassenbuchs geschenkt werden, sondern es bedarf der Abtretung, die allerdings nach BGB. formlos geschehen kann (S. 306); denn das Sparkassenbuch ist Beweisurkunde, auch wenn die Sparkasse sich das Recht vorbehält, an den bloßen Vorzeiger zu zahlen (Legitimationspapier, siehe unten). Erst wenn der in den Besitz des Sparkassenbuchs Gesetzte sich das Guthaben hat auszahlen lassen, würde die Schenkung auch ohne ausdrückliche Abtretung als bewirkt gelten können.

Für Preußen ist zu bemerken, daß nach Tarifnummer 56 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 Schenkungen (auch solche unter einer Auflage) einem Stempel in gleicher Höhe wie Erbschaften unterliegen; vgl. Erbschaftssteuergesetz vom 24. Mai 1891 § 4.

Digitized by Google

Wechsel, dem kaufmännischen Verpflichtungsschein und der Anweisung (HGB. § 363), dem Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780 ff.). Wenn also A. dem B. mündlich 1000 Mk. als Geschenk verspricht und ihm einen Grundschuldbrief über eine auf A.s Grundstück eingetragene Grundschuld oder einen von A. ausgestellten eigenen Wechsel übergiebt, so ist damit die Schenkung „bewirkt". In derselben Weise könnten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis benutzt werden; um jedoch einem Mißbrauche dieser Verpflichtungsakte zur Umgehung der Formvorschrift des § 518 entgegenzutreten, sind in § 518 Schuldversprechen und -anerkenntnis, wenn sie schenkweise erteilt werden, ausdrücklich ebenfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterstellt.

Von den abstrakten Verpflichtungsformen abgesehen, wird promittendo die Schenkung nicht bewirkt, sondern eine schenkweise Leistung nur wiederholt versprochen; hat also zB. A. dem B. mündlich 1000 Mk. als Geschenk versprochen, so wird dies Versprechen dadurch nicht „bewirkt", daß A. dem B. ein Schriftstück ausstellt: „Ich verpflichte mich, die dem B. geschenkten 1000 Mk. am 1. April zu zahlen." Denn hierdurch tritt noch nicht die (dingliche) Vermögensverschiebung ein, die als „Bewirkung" der Schenkung den Formmangel ersetzt. Das Schriftstück bedürfte also, da es nur ein Schenkungs*versprechen* darstellt, der gerichtlichen oder notariellen Form, um A. zu binden.

c. *Verpflichtungen des Schenkers.*

Die Schenkung ist ein einseitig verpflichtender Vertrag (S 207), wie das Darlehen. Sie erzeugt auf seiten des Schenkers nur Pflichten, auf seiten des Beschenkten nur Rechte. Es kommen zwar unter Umständen auch Verpflichtungen des Beschenkten vor, zB. auf Rückgabe, Unterhalt (S. 452[11]). Diese sind aber nicht Folgen des Schenkungsvertrags, sondern späterer Ereignisse (Widerruf, Verarmung).

Bei Bemessung der dem Schenker aus dem Schenkungs-

Digitized by Google

vertrag erwachsenden Pflichten berücksichtigt das Gesetz in verschiedenen Beziehungen die Thatsache, daß der Leistung des Schenkers keine Gegenleistung der Beschenkten entspricht. So erklären sich die folgenden Sondervorschriften des BGB.

1. Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern (§ 519) und im Falle bereits erfolgter Vollziehung das Geschenkte zurückzufordern (§ 528), soweit durch die Schenkung bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen (et is quidem deducto aere alieno, S. 159[2]) sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird.[11]) Wird diese Gefahr durch mehrere Schenkungen herbeigeführt, so ist die frühere Schenkung zunächst zu erfüllen.

Das Weigerungsrecht ersetzt das gemeinrechtliche beneficium competentiae (S. 159[2]).

2. Verspricht der Schenker eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung, so erlischt die Verbindlichkeit im Zweifel mit seinem Tode (§ 520). Im übrigen sind die Verpflichtungen aus dem Schenkungsversprechen vererblich.

---

[11]) Für die Rückforderung einer bereits vollzogenen Schenkung gelten noch einige Besonderheiten:

a. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abwenden (§ 528). Umgekehrt konnte nach ALR. I, 11 § 1123 der in Dürftigkeit geratene Schenker das Geschenk zwar nicht zurückfordern, aber jährlich 6% des Werts als „Kompetenz" fordern (S. 159[3], 443[4]).

b. Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenks ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat oder wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstands zehn Jahre verstrichen sind oder endlich soweit der Beschenkte das Geschenk ohne Unterhaltsgefährdung nicht mehr zurückgeben kann (§ 529).

c. Besonders geregelt ist die Rückforderung der Brautgeschenke nach Lösung des Verlöbnisses (§ 1301), seitens des unschuldigen Ehegatten nach der Ehescheidung (§ 1584) und seitens des Vertragserben (§ 2287).

Digitized by Google

3. Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 521) und ist zur Entrichtung von Verzugszinsen nicht verpflichtet (§ 522; ebenso schon l. 22 D. 39, 5 und ALR. I, 11 § 1079). Die sonstigen Verzugsfolgen, insbesondere die Steigerung der Vertretungspflicht (S. 145), treffen aber auch den Schenker.

4. Wegen eines Mangels im Rechte (§ 523) und wegen eines Fehlers der verschenkten Sache (§ 524) haftet nur der arglistige Schenker auf Schadensersatz.[12]) Ebenso schon l. 18 § 3 D. 39, 5 und ALR. I, 11 § 1084.

---

[12]) Wenn also A. dem B. ein gestohlenes oder rotkrankes Pferd schenkt, so haftet er, selbst wenn er grobfahrlässig handelte, nicht, wenn B. sich auf die rei vindicatio des Eigentümers einläßt und dadurch Kosten zahlen muß oder wenn das rotkranke Pferd die übrigen Pferde des B. ansteckt. Denn: „Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul." A. ist nur schadensersatzpflichtig, wenn er in der Absicht, B. zu schädigen, verschwiegen hat, daß das Pferd gestohlen oder rotkrank ist. Er haftet aber auch dann nur auf das negative Vertragsinteresse, d. h. für den Schaden, den der Beschenkte in Folge des Mangels an seinem eigenen Vermögen erleidet, nicht auch für den Schaden, den er deshalb erleidet, weil die Sache nicht fehlerlos ist.

Eine Erweiterung der Haftung des Schenkers tritt ein, falls es sich um einen Gegenstand handelt, den der Schenker *erst erwerben* sollte. Das BGB. geht davon aus, daß der Schenker eine Sache, die er aus seinem Besitze verschenkt, so verschenken will, wie sie ist, daß er aber bei einer erst anzuschaffenden Sache eine weitergehende Garantie übernehmen will. Daher kann nach § 523 der Beschenkte wegen eines Mangels *im Rechte* Schadensersatz wegen Nichterfüllung (also das positive, nicht wie bei Schenkungen aus dem Bestande nur das negative Vertragsinteresse) verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Dies gilt für Gattungs- wie für Spezies-sachen. Dagegen bezieht sich die besondere Haftung des Schenkers einer erst zu erwerbenden Sache wegen *thatsächlicher* Mängel nur auf die Schenkung einer Gattungssache. In diesem Falle kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Digitized by Google

5. Eine Schenkung kann durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht. Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat; ferner wenn er nach Kenntnis des Undanks auf Widerruf verzichtet hat oder ein Jahr hat verstreichen lassen; endlich wenn der Beschenkte vor dem Widerrufe gestorben ist.[18]) Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich (also zB. nicht in Notwehr) den Schenker getötet oder am Widerrufe gehindert hat (§§ 530—533).

6. Nach KO. § 63[4] können Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen nicht geltend gemacht werden. Über die erleichterte Anfechtung von Schenkungen zahlungsunfähiger Schuldner vgl. I, 640, III, 390[2].

d. Besondere Arten der Schenkung.

1. Schenkung unter einer Auflage.

Vielfach erfolgen Zuwendungen an eine Person, die

---

[18]) In l. 10 C. 8, 55 und ALR. I, 11 §§ 1151 ff. waren die Widerrufsgründe einzeln aufgeführt (Beleidigung, Thätlichkeit, Lebensgefährdung, Vermögensbeschädigung). Das BGB. überläßt die Beurteilung, welches Verhalten des Beschenkten als schwere Verfehlung anzusehen ist, dem richterlichen Ermessen, ebenso die Feststellung, wer als „naher Angehöriger" zu betrachten ist.

Nicht aufgenommen hat das BGB.:

a. das (in Rom nur dem Patron gegenüber seinen Freigelassenen gewährte, l. 8 C. 8, 55, von der gemeinrechtlichen Praxis verallgemeinerte) Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder (in ALR. I, 11 § 1170 auf noch nicht vollzogene Schenkungsversprechen beschränkt);

b. das landrechtliche Recht des Widerrufs bei außergerichtlich vollzogenen Schenkungen (I, 11 § 1070, S. 449[8]) und wegen Übermaßes (I, 11 § 1091).

Über die Befugnisse eines durch übermäßige Schenkung (inofficiosa donatio) in seinem Pflichtteil verletzten Erben vgl. BGB. §§ 2325 ff.

Digitized by Google

ihrerseits eine Leistung bewirken soll. Dann sind mehrere Möglichkeiten gegeben:

α. Die Leistung des Empfängers stellt eine Gegenleistung gegenüber der Zuwendung dar; diese erfolgt nur der Gegenleistung wegen. Dann liegt ein lästiger gegenseitiger Vertrag vor; zB. ich schenke meiner Vaterstadt mein Geburtshaus, die Stadt verpflichtet sich, daraus ein Krankenhaus mit 30 Betten zu schaffen.

β. Die Leistung des Empfängers ist keine Gegenleistung für die Zuwendung; vielmehr ist der Hauptzweck der Zuwendung die Bereicherung des Empfängers. Dann liegt eine Schenkung vor. Hierbei können nun je nach der Bedeutung, die der Schenker der Leistung des Empfängers beimißt, zwei Rechtsformen gewählt werden: die bedingte Schenkung oder die Schenkung unter einer Auflage.

a. Bei der bedingten Schenkung macht der Schenker die Zuwendung von dem Eintritt eines Ereignisses abhängig; zB. ich schenke meiner Vaterstadt 100000 Mk. unter der Bedingung, daß an meinem Geburtshaus eine Erinnerungstafel angebracht werde. Dann wird die Schenkung nicht schon mit deren Annahme durch die Stadt, sondern erst mit der Erfüllung der Bedingung erworben. Klagen kann ich freilich auch nach der Annahme nicht auf Anbringung der Tafel, denn: „die Bedingung suspendiert (den Erwerb), zwingt aber nicht" (zur Herbeiführung des als Bedingung gesetzten Ereignisses, III, 518[11]).

b. Bei der Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo) ist der Zusammenhang zwischen Zuwendung und Gegenleistung des Beschenkten viel loser: „Ich schenke meiner Vaterstadt 100000 Mk.; sie soll aber zur Anbringung einer Gedenktafel verpflichtet sein." Das bedeutet: die Schenkung soll sogleich erworben werden, mit dem Erwerb aber übernimmt die Stadt die Verpflichtung zur Bewirkung der Auflage („der Modus zwingt, aber er suspendiert nicht").[14])

[14]) Also: bei der donatio sub modo hat der Schenker, bei der bedingten Schenkung der Beschenkte vorzuleisten, während bei den

Digitized by Google

Die Schenkung unter einer Auflage ist im BGB. §§ 525—527 einigen besonderen Vorschriften unterworfen, die auf den Gedanken zurückzuführen sind, daß die Auflage eine nur nebensächliche Belastung des Beschenkten sein und die Erreichung des Hauptzwecks der Schenkung, nämlich der Bereicherung des Beschenkten, weder verzögern noch vereiteln soll. Daher kann der Schenker[15]) die Vollziehung der Auflage erst verlangen,[16]) wenn er seinerseits geleistet hat (§ 525), und der Beschenkte kann sich an den Schenker halten, wenn er wegen eines Mangels der verschenkten Sache die Zuwendung nur unter Zuhülfenahme des eigenen Vermögens bewirken kann (§ 526).

Da die Auflage ferner nicht wie eine auflösende Bedingung die Rechtsbeständigkeit der Schenkung selbst beeinflußt, so kann der Schenker die Schenkung, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nicht ohne weiteres zurückfordern. Vielmehr kann nach § 527 Abs. 1 der Schenker in einem solchen Falle die Herausgabe des Geschenks nur unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen[17]) und nur

---

Zuwendungen, denen gegenüber der Empfänger zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichtet ist, gemäß § 320 Zug-um-Zugleistung eintritt.

[15]) Auch nach rR. konnte der Schenker auf Erfüllung des Modus klagen (ll. 9, 22 C. 8, 53). Dagegen gewährte ALR. I, 4 §§ 154 ff. nur die Klage auf Rückgabe des Geschenks. Im Zweifel galten übrigens nach ALR. Schenkungen zu einem von dem Geschenknehmer zu erfüllenden Endzweck als lästige Verträge (also zB. als dem Widerruf und der Sonderform nicht unterliegend), § 1033 I, 11; besonders, wenn zum Zweck einer zu schließenden Ehe etwas geschenkt wurde (§§ 1047 ff. I, 11).

[16]) Der Erfüllungsanspruch des Schenkers geht auf seine Erben über. Da diese vielfach geneigt sein dürften, durch Vereinbarung mit dem Beschenkten dem Wunsch ihres Erblassers entgegenzuhandeln, bestimmt § 525 Abs. 2: „Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen."

[17]) Der Schenker kann also das Geschenk nur zurückfordern, soweit bei gegenseitigen Verträgen ein Vertragsteil wegen Nichtbewirkung der dem Gegner obliegenden Leistung zurücktreten kann (S. 216), also regelmäßig nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen

Digitized by Google

insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

Häufig werden Auflagen zu Gunsten Dritter[18]) gemacht; zB. ich wende meiner Vaterstadt 100000 Mk. mit der Auflage zu, daß sie alljährlich an meinem Geburtstage 30 Greise speist. Dann ist nach den S. 216 ff. erörterten Vorschriften über die Verträge zu Gunsten eines Dritten zu entscheiden, ob auch der Dritte durch den Schenkungsvertrag ein selbständiges Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, erhalten sollte. Gemäß § 330 BGB. (S. 219[3]) spricht hierfür eine Rechtsvermutung. Kann ein Dritter die Vollziehung einer Auflage verlangen — das ist natürlich jedenfalls von der Vorleistung des Schenkers abhängig — so ist der dem Schenker nach § 527 Abs. 1 zustehende Rückforderungsanspruch ausgeschlossen (§ 527 Abs. 2).

Im übrigen unterliegt auch die Schenkung unter einer Auflage den Vorschriften über die einfache Schenkung, insbesondere hinsichtlich der Form, der Rückforderung, des Widerrufs, sowie der Stempelpflicht.

2. Negotium mixtum cum donatione.

Häufig ist in einem Veräußerungsvertrage zwar eine Gegenleistung des Erwerbers vorgesehen, ohne daß diese aber dem Werte der Leistung entspricht. Ist die niedrigere Bemessung in der Absicht erfolgt, hinsichtlich der Differenz zum wahren Werte den Erwerber auf Kosten des Veräußerers zu bereichern, so liegt insoweit Schenkung, im übrigen ein lästiger Vertrag vor. Eine derartige Trennung läßt sich aber vielfach gar nicht ausführen, und es kommt

---

Nachfrist, vorausgesetzt, daß der Beschenkte in Verzug ist. Wird die Erfüllung der Auflage dem Beschenkten infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands unmöglich, so kann der Schenker nicht zurücktreten; denn dann ist der Beschenkte nicht in Verzug.

[18]) Möglich sind auch Auflagen im alleinigen Interesse des Beschenkten; zB. ich schenke meinem Neffen 1000 Mk. zur Bezahlung seiner Kneipschulden. Soll hierin nicht nur ein Rat oder ein Wunsch liegen, so kann die Vollziehung der Auflage auch hier gefordert werden (streitig).

Digitized by Google

Die Schenkung unter einer Auflage ist im BGB. §§ 525—527 einigen besonderen Vorschriften unterworfen, die auf den Gedanken zurückzuführen sind, daß die Auflage eine nur nebensächliche Belastung des Beschenkten sein und die Erreichung des Hauptzwecks der Schenkung, nämlich der Bereicherung des Beschenkten, weder verzögern noch vereiteln soll. Daher kann der Schenker[15]) die Vollziehung der Auflage erst verlangen,[16]) wenn er seinerseits geleistet hat (§ 525), und der Beschenkte kann sich an den Schenker halten, wenn er wegen eines Mangels der verschenkten Sache die Zuwendung nur unter Zuhülfenahme des eigenen Vermögens bewirken kann (§ 526).

Da die Auflage ferner nicht wie eine auflösende Bedingung die Rechtsbeständigkeit der Schenkung selbst beeinflußt, so kann der Schenker die Schenkung, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nicht ohne weiteres zurückfordern. Vielmehr kann nach § 527 Abs. 1 der Schenker in einem solchen Falle die Herausgabe des Geschenks nur unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen[17]) und nur

---

Zuwendungen, denen gegenüber der Empfänger zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichtet ist, gemäß § 320 Zug-um-Zugleistung eintritt.

[15]) Auch nach rR. konnte der Schenker auf Erfüllung des Modus klagen (ll. 9, 22 C. 8, 53). Dagegen gewährte ALR. I, 4 §§ 154 ff. nur die Klage auf Rückgabe des Geschenks. Im Zweifel galten übrigens nach ALR. Schenkungen zu einem von dem Geschenknehmer zu erfüllenden Endzweck als lästige Verträge (also zB. als dem Widerruf und der Sonderform nicht unterliegend), § 1033 I, 11; besonders, wenn zum Zweck einer zu schließenden Ehe etwas geschenkt wurde (§§ 1047 ff. I, 11).

[16]) Der Erfüllungsanspruch des Schenkers geht auf seine Erben über. Da diese vielfach geneigt sein dürften, durch Vereinbarung mit dem Beschenkten dem Wunsch ihres Erblassers entgegenzuhandeln, bestimmt § 525 Abs. 2: „Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen."

[17]) Der Schenker kann also das Geschenk nur zurückfordern, soweit bei gegenseitigen Verträgen ein Vertragsteil wegen Nichtbewirkung der dem Gegner obliegenden Leistung zurücktreten kann (S. 216), also regelmäßig nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen

Digitized by Google

insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

Häufig werden Auflagen zu Gunsten Dritter[18]) gemacht; zB. ich wende meiner Vaterstadt 100000 Mk. mit der Auflage zu, daß sie alljährlich an meinem Geburtstage 30 Greise speist. Dann ist nach den S. 216 ff. erörterten Vorschriften über die Verträge zu Gunsten eines Dritten zu entscheiden, ob auch der Dritte durch den Schenkungsvertrag ein selbständiges Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, erhalten sollte. Gemäß § 330 BGB. (S. 219[3]) spricht hierfür eine Rechtsvermutung. Kann ein Dritter die Vollziehung einer Auflage verlangen — das ist natürlich jedenfalls von der Vorleistung des Schenkers abhängig — so ist der dem Schenker nach § 527 Abs. 1 zustehende Rückforderungsanspruch ausgeschlossen (§ 527 Abs. 2).

Im übrigen unterliegt auch die Schenkung unter einer Auflage den Vorschriften über die einfache Schenkung, insbesondere hinsichtlich der Form, der Rückforderung, des Widerrufs, sowie der Stempelpflicht.

2. Negotium mixtum cum donatione.

Häufig ist in einem Veräußerungsvertrage zwar eine Gegenleistung des Erwerbers vorgesehen, ohne daß diese aber dem Werte der Leistung entspricht. Ist die niedrigere Bemessung in der Absicht erfolgt, hinsichtlich der Differenz zum wahren Werte den Erwerber auf Kosten des Veräußerers zu bereichern, so liegt insoweit Schenkung, im übrigen ein lästiger Vertrag vor. Eine derartige Trennung läßt sich aber vielfach gar nicht ausführen, und es kommt

---

Nachfrist, vorausgesetzt, daß der Beschenkte in Verzug ist. Wird die Erfüllung der Auflage dem Beschenkten infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands unmöglich, so kann der Schenker nicht zurücktreten; denn dann ist der Beschenkte nicht in Verzug.

[18]) Möglich sind auch Auflagen im alleinigen Interesse des Beschenkten; zB. ich schenke meinem Neffen 1000 Mk. zur Bezahlung seiner Kneipschulden. Soll hierin nicht nur ein Rat oder ein Wunsch liegen, so kann die Vollziehung der Auflage auch hier gefordert werden (streitig).

Digitized by Google

dann darauf an, ob bei dem Geber die Absicht, den Empfänger zu bereichern, oder die Hoffnung auf die Gegenleistung der ausschlaggebende Beweggrund war. ZB. A. überläßt seiner Vaterstadt seine 100000 Mk. werte Gemäldesammlung gegen eine lebenslängliche Rente von jährlich 300 Mk.; das Versprechen wäre, da Kauf und Schenkung hierbei untrennbar vermischt sind, die Bereicherungsabsicht aber vorliegt, vor der Erfüllung nur bei Beobachtung der in § 518 bestimmten Form verpflichtend und unterläge auch im übrigen den Sondervorschriften über die Schenkung. Nicht zu verwechseln mit der gemischten Schenkung ist die zum Schein in ein lästiges Geschäft gekleidete (dissimulierte, III, 422) Schenkung. Bei dieser ist die Gegenleistung in Wahrheit überhaupt nicht gewollt, das Geschäft ist also in vollem Umfang als reine Schenkung zu behandeln (ERG. 29, 265).

3. Remuneratorische Schenkung.

Schenkungen, die ausdrücklich zu dem Zweck erfolgen, den Beschenkten für eine Thätigkeit oder Leistung zu belohnen, wurden im bisherigen Rechte — trotzdem der Beweggrund der Schenkung unerheblich ist, S. 443 — in gewisser Beziehung begünstigt.[19]) Im BGB. sind sie nicht anders behandelt als reine Freigebigkeiten. Dagegen hat das BGB. eine besonders ausgezeichnete Art von Schenkungen geschaffen, der die Schenkungen zwecks Belohnung

[19]) a. Nach rR. war eine Schenkung ohne Insinuation auch über 500 Solidi gültig und unwiderruflich, wenn sie zur Belohnung für Errettung aus Lebensgefahr erfolgte (l. 34 § 1 D. 39, 5). Ob auch sonstige belohnende Schenkungen begünstigt waren, ist streitig. Jedenfalls hatten aber auch schon die Römer die in BGB. § 534 zum gesetzlichen Ausdrucke gelangte Anschauung, daß Zuwendungen, die eine „Gratifikation" oder „Remuneration", also eine nachträgliche Abgeltung von Diensten des Beschenkten, darstellen, anders zu behandeln seien, als reine Freigebigkeiten; vgl. zB. l. 27 D. 39, 5.

b. Nach ALR. I, 11 §§ 1169 ff. war der belohnenden Schenkung eigentümlich, daß für das Schenkungsversprechen nicht Gerichtlichkeit (S. 449[9]), sondern bloße Schriftlichkeit unter Angabe der zu belohnenden Leistung erforderlich war und daß der Widerruf nur wegen Übermaßes zulässig war.

Digitized by Google

vielfach unterfallen werden: nämlich „Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird."

Die Behandlung dieser Schenkungen weicht in doppelter Beziehung von der Regel ab:

α. Sie unterliegen nicht der Rückforderung wegen Bedürftigkeit des Schenkers und dem Widerrufe wegen Undank des Beschenkten (§ 534);

β. sie können auch vom Verwalter fremden Vermögens vorgenommen werden (S. 446).

4. Schenkungen unter Ehegatten

waren nach rR. nichtig, wurden aber nach der Oratio (I, 112) des Severus und Caracalla von 206 n. Chr. (l. 32 § 2 D. 24, 1) durch den Tod des Schenkers bei bestehender Ehe gültig.[20])

Wie schon das ALR. II, 1 § 310, so hat auch das BGB. keine Sondervorschriften über Schenkungen unter Ehegatten. Nur kann gemäß § 1584 nach der Ehescheidung der unschuldige Ehegatte Schenkungen, die er dem allein für schuldig erklärten Ehegatten während des Brautstands oder während der Ehe gemacht hat, widerrufen. Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn seit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ein Jahr verstrichen oder wenn der Schenker oder der Beschenkte gestorben ist. Ferner sind unentgeltliche Zuwendungen (III, 389[3]) unter Ehegatten anfechtbar, wenn sie auch nur in den letzten zwei Jahren (nicht wie sonst im letzten Jahre) vor der Konkurseröffnung

---

[20]) Digestentitel 24, 1, Codextitel 5, 16: De donationibus inter virum et uxorem.

Über den Grund des Verbots vgl. l. 1 D. 24, 1: „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.".

Gültig waren Schenkungen auf den Todesfall, da sie jederzeit widerruflich waren (l. 9 § 2 ff. D. 24, 1), ferner z.B. zum Aufbau von Gebäuden (l. 14 D. 24, 1); vgl. auch l. 40—42 D. 24, 1.

Digitized by Google

oder der Anfechtung vorgenommen sind (KO. § 32[3], Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 § 3[4]).

Über das Rückforderungsrecht hinsichtlich der Brautgeschenke nach Auflösung des Verlöbnisses vgl. BGB. § 1301.

5. Mortis causa donatio.

Die Schenkung von Todeswegen, d. h. eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, gilt als Verfügung von Todeswegen; nur wenn der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstands vollzieht, finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung (§ 2301); das Nähere gehört in das Erbrecht.

Dritter Titel. Miete. Pacht. (BGB. §§ 535—597.)

I. Miete.

§ 118. Miete. Allgemeines.

a. Begriff.

Miete[1]) ist ein Vertrag, bei welchem der eine Teil (Vermieter) den Gebrauch einer Sache während einer gewissen Zeit gewährt, wogegen der andere Teil (Mieter) einen Preis (Mietzins) zu entrichten hat (BGB. § 535); also ein Vertrag über Umsatz von zeitweiligem Gebrauche gegen Geld.

Hiernach ist die Miete gleich dem Kauf ein gegenseitig verpflichtender (synallagmatischer, S. 208) Vertrag. Die Gegenseitigkeit trat in der römischen Bezeichnung locatio conductio (ebenso wie in der Bezeichnung des Kaufs als emptio venditio, S. 375[2]) hervor. Dieser Ausdruck griff aber weiter, als der Ausdruck Miete. Während das BGB. nämlich im Anschluß an die bisherige Sprechweise

[1]) Institutionentitel 3, 24: De locatione et conductione. Digestentitel 19, 2: Locati conducti. Codextitel 4, 25: De locato et conducto. ALR. I, 21 §§ 258—625.

Digitized by Google

den Begriff „Miete“ auf die Gewährung des Gebrauchs einer körperlichen Sache gegen Entgelt beschränkt, umfaßte der Begriff „locatio conductio“ außerdem noch die entgeltliche Leistung von Diensten und teilte sich daher in:

1. die locatio conductio rei, die heutige (Sach-) Miete und die Pacht;

2. die locatio conductio operarum, den heutigen Dienstvertrag (unten § 130);

3. die locatio conductio operis, den heutigen Werkvertrag (unten § 136).[2])

Gegenstand der Miete kann nur eine (körperliche) Sache sein, die den Gebrauch durch einen Anderen als den Vermieter ermöglicht, ohne daß sie dadurch verbraucht wird. Handelt es sich dagegen um eine fruchttragende

---

[2]) Ursprünglich heißt locare „aufstellen“, conducere „wegführen“. Die Übertragung dieser Worte auf den Begriff der Gebrauchsgewährung erklärt sich vermutlich so, daß die Sachenmiete sich aus der Vermietung von Zugvieh entwickelt hat (Gaji Inst. IV § 28). Der Eigentümer stellte es auf dem Markt auf, wer es gebrauchte, holte es von da ab. Ebenso wurde die Thätigkeit von Sklaven vermietet. Der Zugvieh oder Sklaven zwecks Gebrauchs zur Verfügung Stellende wurde locator (Vermieter), der sie zwecks Benutzung Wegholende conductor (Mieter) genannt. Ebenso wurde der freie Arbeiter, der sich — etwa wie heute ein Dienstmann oder ein Droschkenkutscher — auf dem Markt aufstellte und seine Kräfte anbot, als locator (Vermieter seiner Arbeitskraft), der Arbeitgeber, der ihn in Anspruch nahm, als conductor bezeichnet.

Mit dem ursprünglichen Wortsinne von locare und conducere schwer zu vereinigen ist es, daß bei der locatio conductio operis, gerade umgekehrt wie bei der locatio conductio operarum, der Arbeitgeber, nämlich derjenige, der die Herstellung eines Werks fortgiebt, „verdingt“, als locator, der Arbeiter, der diese Herstellung übernimmt, der „Unternehmer“, als conductor (oder redemptor) bezeichnet wird, so daß bei der l. c. operarum der „conductor“, bei der l. c. operis der „locator“ die „merces“ zahlt. Man kann sich vorstellen, daß der Arbeitgeber die Herstellung des Werks auf dem Arbeitsmarkt ausbot und die dazu erforderlichen Materialien aufstellt („locat“), der Werkmeister diese zwecks Herstellung des übernommenen Werks mit nach Hause nahm („conducit“).

In den Quellen heißt der Grundstücksmieter inquilinus (incola) der Grundstückspächter colonus (fundi).

Digitized by Google

Sache und wird bezüglich dieser außer dem Gebrauch auch der Fruchtgenuß eingeräumt, oder wird der Gebrauch eines Rechts überlassen, so liegt nicht Miete, sondern die von ihr nach modernem Rechte begrifflich unterschiedene und besonderen Regeln unterstellte Pacht vor (unten § 124).[3])

Nach rR. war der Mieter nach Übergabe der Mietsache bloßer Inhaber (Detentor), nach ALR. unvollständiger Besitzer (I, 7 § 6). Nach BGB. § 868 ist der Vermieter mittelbarer, der Mieter unmittelbarer Besitzer.

b. Abschluß des Mietvertrags.

1. Die Miete war nach rR. Konsensualkontrakt (S. 195), bedurfte also zur rechtswirksamen Entstehung keiner Form. Auch nach BGB. ist der Abschluß des Mietvertrags grundsätzlich formlos; nur bedarf ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für eine längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der schriftlichen Form, sonst ist er zum Ablaufe des ersten Jahrs kündbar (§ 566; ähnlich schon ALR. I, 21 §§ 267 ff.).

Der elterliche Gewalthaber (§ 1643) und der Vormund (§§ 1822[5], 1902 Abs. 2) bedürfen zu einem Miet- oder Pachtvertrage der vormundschaftsrichterlichen Genehmigung, wenn der Vertrag länger als ein Jahr nach Vollendung des 21. Lebensjahrs des Kindes oder Mündels fortdauern soll, und bei volljährigen Bevormundeten, wenn er länger als vier Jahre dauern soll.

2. Die Einigung der Parteien muß sich auf die Mietsache und die Höhe des Mietzinses (merces, l. 2 pr. D. 19, 2) beziehen.

---

[3]) Miete und Pacht unterscheiden sich: von einander dadurch, daß das BGB. nur eine Sachmiete kennt, die Gebrauchsüberlassung eines Rechts dagegen als Pacht behandelt, sowie dadurch, daß der Mieter nur Gebrauch, der Pächter Gebrauch und Fruchtgenuß erhält; von der Leihe (unten § 125) dadurch, daß diese auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung geht; vom Darlehen (unten § 26) dadurch, daß hierbei nur Wiedergabe in genere stattfindet; vom Nießbrauch und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1030 ff., 1090 ff.) dadurch, daß diese Rechtsinstitute dingliche Rechte (Servituten) sind, während durch Miete und Pacht nur Schuldverhältnisse hervorgerufen werden (S. 464).

Digitized by Google

α. Eine fremde Sache kann man, wie verkaufen (S. 380), so auch vermieten (l. 7, 9 pr. § 6 D. 19, 2). Darauf beruht zB. die Aftervermietung (unten § 120b. 3). Nur ist ein Mietvertrag nichtig, durch den jemand seine eigene Sache mietet, es sei denn, daß ihm deren Gebrauch entzogen war (l. 28 D. 41, 2).

β. Der Mietzins braucht nicht ausdrücklich vereinbart zu sein, es genügt (wie für den Kaufpreis, S. 382), daß er bestimmbar ist. Er besteht regelmäßig in Geld. Ein Vertrag verliert aber dadurch nicht das Wesen eines Mietvertrags, daß die Vergütung in anderer Art bestimmt ist, sofern nur nach der Absicht der Vertragsparteien die Gebrauchsüberlassung Hauptgegenstand des Vertrags ist.[4])

γ. Zum Begriffe des Mietvertrags gehört die zeitliche Beschränktheit des Gebrauchsrechts. Dagegen bedarf es keiner ausdrücklichen Vereinbarung einer Mietzeit zum Zustandekommen des Mietvertrags; denn mangels einer solchen Vereinbarung gilt das Mietverhältnis gemäß § 564 Abs. 2 als auf unbestimmte Zeit eingegangen und unterliegt dann beiderseitiger Kündigung (unten § 122). Der Mietvertrag kann auf die Lebenszeit eines der beiden Teile geschlossen werden. Dagegen ist er im übrigen auf höchstens 30 Jahre verbindlich, später kündbar (§ 567). Diese Vorschrift soll die Entstehung der (in Preußen durch die Agrargesetzgebung beseitigten, II, 628[2]) kulturschädlichen, vererblichen Gebrauchsrechte verhüten.

Hat der Vermieter selbst nur ein zeitlich beschränktes Recht, dann ist ein von ihm geschlossener Vertrag für die

[4]) Wenn also zB. A. ein Zimmer seiner Wohnung dem Sprachlehrer B. überläßt, wogegen dieser sich verpflichtet, dem A. zweimal wöchentlich eine Stunde zu geben, so liegt Mietvertrag vor; wenn aber A. einen Portier anstellt, der gegen die Verpflichtung der Hausreinigung eine freie Wohnung erhält, so ist das Rechtsverhältnis als Dienstvertrag zu beurteilen. Das ist wichtig für die Auflösung des Vertragsverhältnisses; der Hauseigentümer kann zB. den Portier beim Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 zum sofortigen Verlassen der Portierwohnung zwingen, während beim Vorliegen eines Mietvertrags Einhaltung einer Kündigungsfrist notwendig wäre.

Digitized by Google

Zeit nach dem Aufhören seines Rechts kündbar; vgl. §§ 1056 (Nießbrauch), 1423 (Ehemann), 1663 (Eltern), 2135 (Vorerbe).

c. Rechtliche Natur des Mietverhältnisses.

Die Miete enthält, soweit es sich um die Beziehungen zwischen Mieter und Vermieter handelt, obligatorische, soweit das Verhältnis des Mieters zu der Mietsache in Frage steht, dingliche Bestandteile.

1. Das rR. behandelte die Miete als rein obligatorisches Rechtsverhältnis. Der Mieter hatte weder Besitz noch ein dingliches Recht an der Mietsache; daher konnte jeder Erwerber den Mieter ohne weiteres entsetzen (Kauf bricht Miete, unten § 123). Diese unsichere Stellung des Mieters erklärt sich daraus, daß in Rom nur die wirtschaftlich schwächsten Personen zur Miete wohnten.

2. Viel gesicherter war die Rechtsstellung des Mieters nach ALR., das unter Aufnahme deutscher Rechtsgedanken die Miete als ein dingliches Recht auffaßt. Nach ALR. hat der Mieter vom Abschlusse des Mietvertrags an ein „Recht zur Sache“[5]) und von der Übergabe an unvoll-

[5]) Wie II, 485[1] dargelegt, wirkte das landrechtliche jus ad rem solchen Erwerbern der Sache gegenüber, die Kenntnis von dessen Bestehen hatten. Wenn also zB. A. am 1. März von B. dessen Fahrrad für das zweite Quartal 1899 mietete und B. das Fahrrad am 2. März an C. verkaufte und es ihm übergab, so konnte A. das durch den Mietvertrag erlangte Recht auch dem C. gegenüber geltend machen, wenn dieser beim Kaufabschlusse von dem Mietvertrage zwischen A. und B. Kenntnis hatte (ALR. I, 19 § 5); anders nach rR. und BGB.

Streitig war, ob hinsichtlich der Grundstücksmiete die eben geschilderte Wirkung des durch den Abschluß des Mietvertrags für den Mieter entstandenen jus ad rem nicht schon durch das EEG. beseitigt war. In der That wollte das EEG. das jus ad rem für den Grundstücksverkehr wirkungslos machen. In EEG. §§ 4, 15 war dies jedoch nur für die Fälle zum gesetzlichen Ausdrucke gelangt, daß ein Grundstückserwerber das ältere persönliche Recht eines Anderen auf Auflassung und der Erwerber eines eingetragenen dinglichen Rechts (zB. einer Hypothek) das ältere Recht eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechts gekannt hat. Da die Miete nun gemäß § 12 EEG. kein eintragungsbedürftiges Recht war, der

Digitized by Google

ständigen Besitz. Sein Mietrecht wirkte auch dritten Erwerbern gegenüber (Heuer geht vor Kauf, I, 21, § 358); ja das Mietrecht bezüglich eines Grundstücks gehörte nach EEG. § 12 sogar zu den wenigen Rechten, die zu ihrer Wirkung gegen Dritte der Eintragung nicht bedurften (II, 555[5], V, 154[2]).

3. Der erste Entwurf des BGB. hatte sich vollkommen der römischen Behandlung der Miete als eines rein obligatorischen Verhältnisses angeschlossen und insbesondere den römischen Grundsatz „Kauf bricht Miete" aufgenommen (II, 484[1]). Unter dem Drucke der hiergegen gerichteten Kundgebungen hat die zweite Kommission die Stellung des Mieters in einer im Erfolge der landrechtlichen Behandlung nahekommenden Weise gesichert. Allerdings hat der Mieter nach BGB., im Gegensatze zum ALR., ein lediglich obligatorisches Recht;[6]) aber er wird durch Übergabe der Mietsache gemäß §§ 854, 868 (unmittelbarer) Besitzer.

Zweck der §§ 4, 15 aber nur war, hinsichtlich der eintragungsbedürftigen Rechte die nicht durch das Grundbuch vermittelte Kenntnis bestehender Rechte für unerheblich zu erklären, so nahm Eccius (gegen Dernburg) mit Recht an, daß auch hinsichtlich der Grundstücksmiete die Kenntnis des von einem Anderen geschlossenen Mietvertrags den Erwerber dem Mietrechte des Mieters unterwarf, auch bevor dieser eingezogen war.

Nach BGB. hat das jus ad rem keinerlei Wirkung gegen Dritte; wenn also A. dem B. eine Wohnung vermietet und das Haus an C. verkauft, bevor B. eingezogen ist, so hat B. gegen C. keinen „Immissionsanspruch", selbst wenn C. beim Kaufe Kenntnis vom Abschlusse des Mietvertrags hatte; und wenn A. die dem B. zum 1. Oktober vermietete Wohnung später dem C. zum 1. September vermietet und übergiebt, so kann B. sich ebenfalls nur an A. halten.

[6]) Deshalb kann die Miete eines Grundstücks nach BGB. nicht in das Grundbuch eingetragen werden, während sie nach EEG. zwar auch ohne Eintragung gegen Dritte wirkte, aber mit Bewilligung des Eigentümers eingetragen werden konnte. Ferner konnte der Mieter nach ALR. sein Recht, sobald es durch Besitzeinräumung dinglich geworden war, auch gegenüber Dritten geltend machen, zB. dem Nachbar, der die Mieträume durch einen unzulässigen Neubau verdunkelt oder der Stadtverwaltung, welche durch eine Verlegung der öffentlichen Straße den Zugang zu den Mieträumen erschwert (Einl. ALR. § 75) Nach BGB. kann der Mieter sich dagegen stets nur an seinen Vermieter halten. Vgl. V, 11[16].

Digitized by Google

Als solcher ist er, sofern es sich um eine bewegliche Sache handelt, nach § 986 auch dem Herausgabeanspruch eines Erwerbers gegenüber gesichert (S. 498[3]), während bei Grundstücken der Erwerber nach § 571 kraft Gesetzes in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Verhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt (S. 499).

d. Prozeßrechtliche Besonderheiten.

Wegen des regelmäßig vorhandenen Bedürfnisses einer schleunigen Erledigung sind Streitigkeiten zwischen dem Vermieter und dem Mieter oder Untermieter von Wohnräumen oder anderen Räumen oder zwischen dem Mieter und dem Untermieter solcher Räume wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung, sowie wegen Zurückhaltung der von dem Mieter oder dem Untermieter in die Mietsräume eingebrachten Sachen:

1. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands der amtsgerichtlichen Zuständigkeit unterstellt und

2. Feriensachen (GVG. § 202[4]).

3. Ferner sind die in derartigen Prozessen ergehenden Urteile auf Antrag (ohne Sicherheitsleistung, I, 538) für vorläufig vollstreckbar zu erklären (CPO. § 709[1]). Um die hierin möglicherweise liegende Härte zu mildern, bestimmt CPO. § 721, daß das Gericht dem Schuldner, gegen den auf Räumung einer Wohnung erkannt wird, auf Antrag eine den Umständen nach angemessene Frist zur Räumung gewähren kann (I, 540[9]).

Über die Zulässigkeit einer Klage auf künftige Räumung vgl. CPO. § 257 und I, 278[1], über die besondere Behandlung der Miete im Konkurse S. 496, bei einer Zwangsversteigerung S. 502.

§ 119. Verpflichtungen des Vermieters.

a. Allgemeines.

Das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter bestimmt sich in erster Reihe nach dem Mietvertrage; die gesetzlichen Bestimmungen kommen also, von wenigen im

Digitized by Google

öffentlichen Interesse angeordneten Ausnahmen abgesehen (vgl. zB. § 567, S. 463 und § 544, S. 494)[1]) nur ergänzend (suppletorisch) zur Anwendung. Eine vertragsmäßige Ordnung der gegenseitigen Rechte und Pflichten ist besonders für die Miete von Grundstücken üblich, der gemäß BGB. § 580 die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen (Läden, Fabrikräumen) gleichsteht. Hierbei pflegen die Vermieter Formulare für den Vertragsschluß zu Grunde zu legen, durch welche die Rechte des Vermieters auf Kosten der Rechte des Mieters erheblich erweitert werden (zB. sofortiges Exmissionsrecht bei nicht pünktlicher Mietzahlung oder bei Verletzung der vorgeschriebenen Hausordnung, Vorauszahlung der Miete, Aufhören des Vertrags, wenn der Vermieter das Grundstück verkauft). Derartige Vertragsklauseln können unter dem Gesichtspunkte der Unsittlichkeit, des Wuchers oder der Chikane nichtig sein.[2])

b. Gebrauchsgewährung.

„Der Vermieter hat die gemietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in

[1]) Dahin gehören zB. auch die bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften über die Beschaffenheit der zur Vermietung bestimmten Räume. Derartige Vorschriften gehören dem öffentlichen Recht an und werden daher, auch soweit sie landesgesetzlich getroffen sind, vom BGB. nicht berührt (EGBGB. Art. 55). Unberührt bleiben ferner gemäß EGBGB. Art. 93 die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fristen, bis zu deren Ablaufe gemietete Räume bei Beendigung des Mietverhältnisses zu räumen sind, zB. das preußische Gesetz vom 30. Juni 1834, nach welchem die Ortspolizeibehörde die Umzugsfristen zu bestimmen hat (unten S. 492[1]).

[2]) Für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB., also am 1. Januar 1900 bestehenden Mietverhältnisse blieben diejenigen (vertraglichen oder gesetzlichen) Vorschriften maßgebend, welche diese Mietverhältnisse bisher beherrschten. Das BGB. wirkte also in dieser Beziehung nicht zurück. Die Vorschriften des BGB. wurden jedoch dann wirksam, wenn nicht die Kündigung für den ersten Termin nach dem 1. Januar 1900 erfolgte, für den sie nach den bisherigen vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen zulässig war. Wurde nicht gekündigt, dann wurde das Mietverhältnis also freiwillig fortgesetzt und so behandelt, als wäre es nach dem 1. Januar 1900

Digitized by Google

diesem Zustande zu erhalten" (BGB. § 536). Diese, die wesentlichsten Verpflichtungen des Vermieters bestimmende Vorschrift bedeutet im einzelnen:

1. Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter zu überlassen, also — soweit eine Übergabe nicht erforderlich ist (zB. Vermieten eines Platzes zum Reiten oder Tennisspielen) — mindestens so bereit zu stellen, daß der Mieter während der Mietsdauer von ihr den vertragsmäßigen Gebrauch machen kann.

2. Die Mietsache muß sich zur Zeit der Überlassung in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande befinden. Für die Beurteilung, ob dieser Zustand vorhanden ist, kommt es nach BGB. auf den Zweck an, zu dem die Sache gemietet ist, während der Mieter nach ALR. I, 21 § 270 Anspruch nur auf den gemeingewöhnlichen Gebrauch hatte. Ist ein Raum zB. zu Fabrikzwecken gemietet, so wird er naturgemäß anders ausgestattet sein müssen, als wenn er zur Wohnung bestimmt ist. In letzterem Falle wird er zB. gedielt, tapeziert und heizbar sein müssen, im ersteren nicht. Zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs kann auch die Beleuchtung der Zugänge gehören (Flur- und Treppenbeleuchtung in Wohnhäusern, aber nicht zB. in einem Speicher; V, 259[8]).

3. In diesem Zustande muß der Vermieter die Mietsache während der ganzen Vertragsdauer erhalten. Die Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsgewährung ist nicht durch die Überlassung erschöpft, sondern erneuert sich fort und fort. Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten (§ 548). Also: periculum est locatoris (S. 126). Der Vermieter einer Wohnung hat also zB. unbrauchbar gewordene Klingeln, Öfen, Fensterscheiben usw. auf seine Kosten herzustellen, wenn sie nicht durch den Mieter ver-

---

eingegangen (EGBGB. Art. 171). Nur der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" fand sofort auch auf die vor dem 1. Januar 1900 eingegangenen Mietverträge Anwendung (EGBGB. Art. 172). Vgl. III, 65.

Digitized by Google

dorben sind. Freilich wälzt der Vermieter durch die formularmäßigen Mietverträge die Pflicht zur Erhaltung meist auf den Mieter ab. Dagegen ist der Vermieter nicht verpflichtet, die völlig untergegangene Mietsache wiederherzustellen. Brennt also die von mir als Mieter bewohnte Villa ganz ab, so kann ich nicht gegen den Vermieter auf Wiederaufbau klagen. Hier greifen die Grundsätze über nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung ein (S. 107).

4. Erfüllt der Vermieter die ihm obliegenden Pflichten zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in vertragsmäßigem Zustande nicht, so treten zunächst die gleichen Folgen ein, wie bei den gegenseitigen Verträgen überhaupt (S. 207), d. h. der Mieter kann vor allem Erfüllung (Überlassung, Beseitigung von Mängeln oder störenden Rechten Dritter) und, falls der Vermieter in Verzug gerät, Schadensersatz verlangen. Mietet A. von B. zB. zum 1. Oktober 1902 eine durch B. neu zu erbauende Villa, so kann A., wenn die Villa am 1. Oktober 1902 infolge eines von B. zu vertretenden Umstands (S. 215) nicht bezogen werden kann, in ein seinen Lebensverhältnissen entsprechendes Hotel ziehen und die Erstattung der hierdurch erwachsenden Kosten beanspruchen.

Dieser Erfüllungsanspruch deckt jedoch nicht in allen Fällen das Interesse des Mieters an rechtzeitiger oder vollständiger Erfüllung. Das BGB. (§§ 537—543) giebt dem Mieter deshalb für einzelne Fälle noch besondere Rechte.

α. Die Sache ist mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder — wenn auch nur unerheblich, anders beim Kaufe, S. 412 — mindert, oder es fehlt der Sache eine zugesicherte Eigenschaft. Dann gelten nicht etwa die ädilizischen Rechtsbehelfe (S. 410). Vielmehr ist der Mieter — abgesehen von dem ihm in § 542, S. 494, eingeräumten Kündigungsrechte —:

a. in allen Fällen für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472,

Digitized by Google

473 zu bemessenden Teils des Mietzinses verpflichtet, der sich nach den Vorschriften über die Minderung des Kaufpreises im Falle der actio quanti minoris (S. 420) bestimmt. Wie beim Kaufe (S. 419[3]), so steht auch bei der Vermietung eines Grundstücks die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich (§ 537).

b. Ist ein Mangel der vorbezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden (gleichgültig, ob den Vermieter hierbei ein Verschulden trifft oder nicht) oder entsteht ein solcher Mangel später in Folge eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter, statt die Rechte auf Erlaß oder Minderung des Mietzinses geltend zu machen, *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* verlangen. Im Falle des Verzugs des Vermieters kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 538). Sind also zB. in der von mir bezogenen Wohnung Schlösser, Fenster, Öfen usw. nicht gebrauchsfähig, so kann ich die Reparaturen selbst ausführen lassen, falls der Vermieter schuldhafter Weise meiner Aufforderung nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt, und kann alsdann Erstattung der Kosten verlangen.

Kennt der Mieter beim Vertragsabschlusse den Mangel der gemieteten Sache, so stehen ihm die unter a. und b. bestimmten Rechte nicht zu. Ist dem Mieter ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann er die Rechte auf Erlaß oder Minderung des Mietzinses sowie auf Schadensersatz nur geltend machen, wenn der Vermieter die Abwesenheit des Mangels zugesichert oder den Mangel arglistig verschwiegen hat (§§ 539, 460). Nimmt der Mieter eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so kann er diese Rechte nur geltend machen, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Übernahme vorbehält (§§ 539, 464.)[3])

[3]) Die vorbehaltlose Annahme in Kenntnis des Fehlers gilt also als Verzicht auf Geltendmachung des Mangels. Natürlich kann

Digitized by Google

Über den Einfluß der unterlassenen Mängelanzeige auf die Rechte des Mieters vgl. S. 481 (§ 545 Abs. 2).

Die Gewährleistungspflicht des Vermieters kann durch Vereinbarung erlassen oder beschränkt werden. Die Vereinbarung ist jedoch nichtig, wenn der Vermieter den Fehler arglistig verschweigt (§ 540). Unverzichtbar ist die Geltendmachung der Gesundheitsgefährlichkeit eines Mietraums (§ 544, S. 494).

β. Dem Mieter wird durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen (Eviktion).[4]) Dann gilt das Gleiche, wie beim Vorhandensein eines Fehlers. Jedoch sind dem Mieter die Rechte auf Erlaß oder

---

aber durch die Sachlage die Annahme eines Verzichts ausgeschlossen erscheinen. Wenn der Mieter z.B. beim Mieten einer Wohnung sich vom Vermieter versprechen läßt, daß eine Stube tapeziert, das Ungeziefer beseitigt, ein Ofen umgesetzt werden soll, sobald der jetzige Wohnungsinhaber die Wohnung verlassen haben würde, so braucht der Mieter die Zusicherung der Beseitigung dieser Mängel beim Einziehen in die Wohnung nicht noch einmal wiederholen zu lassen.

[4]) Während beim Kaufe der Verkäufer nach BGB. schon beim Vorhandensein fremder Rechte haftet, auch wenn diese noch garnicht geltend gemacht sind (§ 434, S. 400), haftet der Vermieter erst dann, wenn dem Mieter durch das Recht des Dritten der vertragsmäßige Gebrauch wirklich entzogen wird.

Die Vorschriften des § 541 kommen auch dann zur Anwendung, wenn das Recht des Vermieters (z.B. wenn er als Ehemann, Nießbraucher, Mieter vermietet hatte) zeitlich begrenzt war, während der Mietzeit aufhört und dem Mieter der Gebrauch deshalb entzogen wird. § 541 bestimmt aber nur das Verhältnis des Vermieters zum Mieter (z.B. Schadensersatzpflicht gemäß § 538); das Verhältnis des Mieters zu dem dritten Berechtigtigten ist dagegen geordnet in den §§ 1056 (Nießbrauch: der Eigentümer kann das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen), 1423 (das Gleiche gilt, wenn der Ehemann ein zum eingebrachten Gute gehörendes Grundstück vermietet hat, und der Mietvertrag bei Beendigung der Ehe besteht), 1663 (ebenso wenn der Vater kraft seiner Nutznießung ein zu dem Vermögen des Kindes gehörendes Grundstück vermietet), 2135 (ebenso wenn der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermietet).

Im Falle der Enteignung wird der Mieter besonders entschädigt; vgl. z.B. Pr. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 11 und über dessen Inkraftbleiben EGBGB. Art. 109.

Digitized by Google

473 zu bemessenden Teils des Mietzinses verpflichtet, der sich nach den Vorschriften über die Minderung des Kaufpreises im Falle der actio quanti minoris (S. 420) bestimmt. Wie beim Kaufe (S. 419[3]), so steht auch bei der Vermietung eines Grundstücks die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich (§ 537).

b. Ist ein Mangel der vorbezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden (gleichgültig, ob den Vermieter hierbei ein Verschulden trifft oder nicht) oder entsteht ein solcher Mangel später in Folge eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter, statt die Rechte auf Erlaß oder Minderung des Mietzinses geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Im Falle des Verzugs des Vermieters kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 538). Sind also zB. in der von mir bezogenen Wohnung Schlösser, Fenster, Öfen usw. nicht gebrauchsfähig, so kann ich die Reparaturen selbst ausführen lassen, falls der Vermieter schuldhafter Weise meiner Aufforderung nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt, und kann alsdann Erstattung der Kosten verlangen.

Kennt der Mieter beim Vertragsabschlusse den Mangel der gemieteten Sache, so stehen ihm die unter a. und b. bestimmten Rechte nicht zu. Ist dem Mieter ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann er die Rechte auf Erlaß oder Minderung des Mietzinses sowie auf Schadensersatz nur geltend machen, wenn der Vermieter die Abwesenheit des Mangels zugesichert oder den Mangel arglistig verschwiegen hat (§§ 539, 460). Nimmt der Mieter eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so kann er diese Rechte nur geltend machen, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Übernahme vorbehält (§§ 539, 464.)[3])

[3]) Die vorbehaltlose Annahme in Kenntnis des Fehlers gilt also als Verzicht auf Geltendmachung des Mangels. Natürlich kann

Digitized by Google

Über den Einfluß der unterlassenen Mängelanzeige auf die Rechte des Mieters vgl. S. 481 (§ 545 Abs. 2).

Die Gewährleistungspflicht des Vermieters kann durch Vereinbarung erlassen oder beschränkt werden. Die Vereinbarung ist jedoch nichtig, wenn der Vermieter den Fehler arglistig verschweigt (§ 540). Unverzichtbar ist die Geltendmachung der Gesundheitsgefährlichkeit eines Mietraums (§ 544, S. 494).

β. Dem Mieter wird durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen (Eviktion).[4]) Dann gilt das Gleiche, wie beim Vorhandensein eines Fehlers. Jedoch sind dem Mieter die Rechte auf Erlaß oder

---

aber durch die Sachlage die Annahme eines Verzichts ausgeschlossen erscheinen. Wenn der Mieter zB. beim Mieten einer Wohnung sich vom Vermieter versprechen läßt, daß eine Stube tapeziert, das Ungeziefer beseitigt, ein Ofen umgesetzt werden soll, sobald der jetzige Wohnungsinhaber die Wohnung verlassen haben würde, so braucht der Mieter die Zusicherung der Beseitigung dieser Mängel beim Einziehen in die Wohnung nicht noch einmal wiederholen zu lassen.

[4]) Während beim Kaufe der Verkäufer nach BGB. schon beim Vorhandensein fremder Rechte haftet, auch wenn diese noch garnicht geltend gemacht sind (§ 434, S. 400), haftet der Vermieter erst dann, wenn dem Mieter durch das Recht des Dritten der vertragsmäßige Gebrauch wirklich entzogen wird.

Die Vorschriften des § 541 kommen auch dann zur Anwendung, wenn das Recht des Vermieters (zB. wenn er als Ehemann, Nießbraucher, Mieter vermietet hatte) zeitlich begrenzt war, während der Mietzeit aufhört und dem Mieter der Gebrauch deshalb entzogen wird. § 541 bestimmt aber nur das Verhältnis des Vermieters zum Mieter (zB. Schadensersatzpflicht gemäß § 538); das Verhältnis des Mieters zu dem dritten Berechtigtigten ist dagegen geordnet in den §§ 1056 (Nießbrauch: der Eigentümer kann das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen), 1423 (das Gleiche gilt, wenn der Ehemann ein zum eingebrachten Gute gehörendes Grundstück vermietet hat, und der Mietvertrag bei Beendigung der Ehe besteht), 1663 (ebenso wenn der Vater kraft seiner Nutznießung ein zu dem Vermögen des Kindes gehörendes Grundstück vermietet), 2135 (ebenso wenn der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermietet).

Im Falle der Enteignung wird der Mieter besonders entschädigt; vgl. zB. Pr. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 11 und über dessen Inkraftbleiben EGBGB. Art. 109.

Digitized by Google

Minderung des Mietzinses sowie gegebenen Falls auf Schadenersatz nur dann versagt, wenn er beim Abschlusse des Vertrags das Recht des Dritten kennt, nicht auch, wenn es ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, oder wenn er die Sache in Kenntnis des Rechts des Dritten vorbehaltlos annimmt (§ 541, der nur auf § 539 Satz 1, nicht auch auf Satz 2 Bezug nimmt).

γ. Dem Mieter ist der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen, sei es infolge eines thatsächlichen oder eines Rechtsmangels oder aus einem sonstigen Grunde, zB. infolge einer erforderlich gewordenen größeren Reparatur.[5]) Dann kann der Mieter dem Vermieter zur Bewirkung der Abhülfe eine angemessene Frist setzen und nach deren fruchtlosem Ablaufe das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Hierin liegt eine Erweiterung des in den §§ 325, 326 für alle gegenseitigen Verträge gewährten Rücktrittsrechts (S. 215). Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrags infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstands für den Mieter kein Interesse mehr hat (zB. ein Saal wird zu einem Konzerte gemietet, die elektrische Beleuchtung versagt zu der festgesetzten Anfangsstunde). Andererseits ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird. Sind zB. bei einem für einen Abend gemieteten Klavier einige Töne ein wenig verstimmt, so kann der Mieter kündigen, wenn auf dem Klavier ein Konzert gegeben, nicht aber, wenn darauf nur zum Tanz aufgespielt werden soll (§ 542, vgl. § 543). Bestreitet der Vermieter die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung, weil er den Ge-

[5]) Der Mieter kann also den Vertrag auflösen oder Erlaß oder Ermäßigung des Mietzinses (S. 469), gegebenen Falls (§ 538, S. 470) auch Schadenersatz beanspruchen, wenn der Vermieter eine größere Reparatur vornehmen muß (zB. wenn eine Wohnung ausgebrannt ist). Dagegen hat der Vermieter bei Notwendigkeit eines sog. Hauptbaues nach BGB. kein Auflösungsrecht, wie ihm dies nach ALR. I, 21 §§ 363–365 zustand.

Digitized by Google

brauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhülfe bewirkt habe, so trifft ihn die Beweislast (§ 542 Abs. 3).

c. Tragung der Lasten.

Die auf der vermieteten Sache ruhenden Lasten hat der Vermieter zu tragen (§ 546).[6]) Ebenso schon ALR. I, 21 § 288.

d. Ersatz von Verwendungen.

Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen.

[6]) Der Vermieter eines Grundstücks hat also, selbst wenn der Mieter das ganze Grundstück, z.B. eine Villa, allein bewohnt, die dem Grundstücke, nicht dessen Bewohnern, auferlegten Lasten zu tragen, z.B. Grund- und Gebäudesteuer, Feuersozietätsbeiträge.

Besonderes gilt hinsichtlich der Einquartierungslast. Hierbei ist zu unterscheiden:

a. Die Einquartierungslast im Frieden wird geregelt durch das RG. vom 25. Juni 1868 betr. die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während des Friedenszustands. Danach ist die Quartierleistungspflicht eine dingliche, auf dem Grundstücke ruhende und daher den Vermieter treffende Last (so auch ALR. I, 21 § 289). Für die Quartierleistung wird eine Entschädigung (Servis) gewährt, die sich einmal richtet nach dem Range der einquartierten Person, andererseits nach der „Servisklasse" des Quartierorts. Alle Orte Deutschlands sind nämlich in 6 Klassen (nach der Teuerkeit des Lebens in ihnen) eingeteilt: in eine Klasse A. (Berlin, Frankfurt a. M., Hamburg, München und einige weitere große Städte) und 5 Klassen. Die Klasseneinteilung wird von Zeit zu Zeit einer Durchsicht unterworfen (zuletzt durch RG. vom 26. Juli 1897). Sie hat auch für die Beamten Bedeutung, insofern als sich nach § 2 des PrG. vom 12. Mai 1873 die Höhe des Wohnungsgeldzuschusses außer nach dem Range des Beamten auch nach der Klasse seines Amtssitzes bestimmt. Es erhält z.B. ein Amtsrichter (5. Rangklasse) in Berlin (Servisklasse A.) 900 Mk., in Breslau (Servisklasse 1) 660, in Naumburg 540, in Nauen 480, in Schroda 420, in Pillkallen 360 Mk. Wohnungsgeldzuschuß.

b. Die Einquartierungslast im Kriege bestimmt sich nach dem RG. vom 13. Juni 1873 über die Kriegsleistungen. Danach ruht die Pflicht zur Beschaffung des Naturalquartiers auf den Gemeinden, die ihrerseits die zu Gemeindebeiträgen Verpflichteten zur Beschaffung des Quartiers heranziehen dürfen. Die Quartierleistungspflicht im Krieg ist also eine persönliche, alle Gemeindeeingesessenen treffende Last, daher vom Mieter zu tragen.

Digitized by Google

Der Mieter eines Tiers hat jedoch die Fütterungskosten zu tragen (§ 547 Abs. 1). Ebenso hat selbstverständlich der Mieter einer beweglichen Sache die Auslagen zu tragen, die deren Gebrauch verursacht; der Mieter eines Fuhrwerks muß zB. das Chausseegeld bezahlen.

Der Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Mieter ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen (§ 547 Abs. 2, sog. jus tollendi), natürlich nur, soweit dies ohne Beschädigung der Sache möglich ist. Die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in 6 Monaten seit Beendigung des Mietverhältnisses (§ 558). Dem Mieter eines Grundstücks steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht an dem Grundstücke nicht zu (§ 556 Abs. 2), wohl aber dem Mieter einer beweglichen Sache (S. 165[5]). Ferner kann der Mieter wegen seiner Ansprüche das etwa rückständige Mietgeld zurückhalten (S. 210) und gegen dieses seine Forderungen aufrechnen (S. 273).

§ 120. Verpflichtungen des Mieters.

a. Zahlung des Mietzinses.

1. Allgemeines.

Der Mieter hat den vereinbarten Mietzins zu zahlen, jedoch nur, sofern und soweit der Vermieter seiner Pflicht zur Gebrauchsgewährung entsprochen hat.

Dieser Satz bedeutet:

α. Die Verpflichtung des Mieters entsteht erst durch die Gebrauchsüberlassung seitens des Vermieters; dieser hat also vorzuleisten, sofern nicht der Mietvertrag die Vorleistungspflicht dem Mieter aufbürdet.[1])

[1]) Wie im Text ausgeführt, ist der Mietzins grundsätzlich „postnumerando", d. h. am Ende der Mietzeit oder eines Teils der Mietzeit, zu entrichten. Selbst wenn aber der Mietzins, wie

Digitized by Google

Für welche Zeit der Vermieter vorleisten muß, das wird in erster Linie durch den Vertrag, in zweiter durch das Gesetz geordnet. BGB. § 551 bestimmt: „Der Mietzins ist am Ende der Mietzeit zu entrichten. Ist der Mietzins nach Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Der Mietzins für ein Grundstück ist, sofern er nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahrs am ersten Werktage des folgenden Monats zu entrichten."

Eine Vorauszahlung der Miete für ein Grundstück über das laufende und das nächste Kalendervierteljahr hinaus ist dem Erwerber (§§ 573 ff., unten S. 500), den Hypothekengläubigern (§§ 1123 ff.) und der Konkursmasse gegenüber (KO. § 21) unwirksam.

β. Der Mieter hat den Mietzins nur für die Zeit zu entrichten, für welche ihm der Vermieter den Gebrauch gewährt. Wird dem Mieter der Gebrauch — gleichgültig, ob durch Schuld des Vermieters oder durch einen Zufall — entzogen, so fällt für die Zeit der Entziehung seine Verpflichtung zur Zinszahlung weg (periculum — nämlich der Gebrauchstauglichkeit — est locatoris, S. 468).[2]) Dagegen wird

---

nach den formularmäßigen Wohnungsmietverträgen, im voraus („pränumerando") zu entrichten ist, wird dadurch an sich nur der Zeitpunkt der Zahlungsverpflichtung des Mieters verrückt, dergestalt, daß der Mieter am Beginne, nicht am Ende eines Gebrauchsabschnitts zu zahlen hat. Dagegen ist auch in diesem Falle der Vermieter immer noch zur Vorleistung insofern verpflichtet, als er den Mietzins erst nach der Gebrauchsüberlassung (wenngleich sofort danach) beanspruchen kann. Natürlich kann der Mietvertrag auch bestimmen, daß der Mieter den Mietzins vor der Gebrauchsüberlassung solle zahlen müssen. In der bloßen Vereinbarung der Pränumerandozahlung liegt das jedoch nicht. Vielmehr muß hierbei zB. der Vermieter einer Wohnung den Mieter einziehen lassen, bevor er den Mietzins verlangen darf.

Übrigens kann die gesetzliche Vorleistungspflicht des Vermieters bei Gefährdung seines Mietsanspruchs gemäß BGB. § 321 (S. 213) eine Änderung erleiden.

[2]) Vgl. Alfenus in l. 30 § 1 D. 19, 2: **Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur:**

Digitized by Google

der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in *seiner* Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird (§ 552).[3]) Der Mieter einer Sommerwohnung muß also zB. den Mietzins auch dann zahlen, wenn er durch Krankheit an ihrer Benutzung gehindert ist. In einem solchen Fall ist der Vermieter berechtigt, die Sache anderweit zu vermieten oder sonst (zB. durch eigenen Gebrauch) zu verwerten, und falls er dies thut, muß er sich diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauchs erlangt. Der Vermieter ist aber hierzu nicht verpflichtet (er kann also zB. die Sommerwohnung auch leer stehen lassen) und muß sich in diesem Falle nur den Wert der ersparten Aufwendungen anrechnen lassen (also zB. den Wert des nicht verbrauchten Wassers, wenn die Sommerwohnung mit freier Benutzung der Wasserleitung vermietet war).

γ. Der *Mietzins* ist *Bringschuld*, wie jede Geldschuld (S. 89), d. h. der Mieter hat den Mietzins auf seine Kosten und Gefahr dem Vermieter an dessen Wohnort[4]) zu übermitteln; dieser Ort wird aber dadurch nicht

---

post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret.

[3]) Nach rR. war der Mieter von der Mietzinszahlung auch frei, wenn er die Sache aus begründeter Furcht vor Gefahren nicht gebraucht; Alfenus in l. 27 § 1 D. 19, 2: Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris justa non fuisset, nihilo minus debere. Das gilt nach BGB. nicht. Ich muß also die gemietete Sommerwohnung auch bezahlen, wenn ich sie infolge von Diphterie, die im Hause herrscht, nicht zu beziehen wage. Anders natürlich, wenn das Haus als verseucht polizeilich gesperrt ist. Dann kann der Vermieter seiner Vorleistungspflicht nicht genügen.

[4]) Wie S. 84[3] dargelegt, bezieht sich die Übersendungspflicht nicht nur auf den Wohnort, sondern auch auf die Wohnung des Gläubigers; der Mieter muß daher die Miete dem am gleichen Orte wohnenden Vermieter in die Wohnung bringen. Das vormalige pr. Obertribunal hat auf Grund zu vermutenden Willens den Grund-

Digitized by Google

zum Erfüllungsorte; daher kann der Vermieter nicht an seinem Wohnort auf Zahlung des Mietzinses klagen (S. 90[13]).

2. Folgen des Zahlungsverzugs.

α. Kommt der Mieter mit der Mietzinszahlung in Verzug, d. h. zahlt er den Mietzins schuldhafter Weise (S. 142) nicht rechtzeitig,[5]) so kann der Vermieter auf Zahlung Klage erheben; und zwar muß dies bei einem Betrage von mehr als 300 Mk. beim Landgerichte geschehen, da sich die S. 466 besprochene ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts aus GVG. § 23[2] auf Mietzinsprozesse nicht bezieht.

Die Ansprüche gewerbsmäßiger Vermieter beweglicher Sachen (zB. Pferdevermieter) wegen des Mietzinses verjähren in zwei, die Ansprüche auf Rückstände sonstiger Mietzinsen in vier Jahren, vom Schlusse des Jahrs an, in dem die Ansprüche fällig werden (§§ 196[6], 197, 201; III, 638[4]).

β. Dagegen giebt der Zahlungsverzug des Mieters dem Vermieter nicht ohne weiteres das Recht, den Mietvertrag aufzulösen (S. 143). Jedoch kann der Vermieter nach § 554 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter für zwei auf einander folgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teils des Mietzinses in Verzug ist (ebenso ALR. I, 21 § 298, während das rR. zweijährigen Rückstand verlangte, l. 54 § 1, 56 D. 19, 2). Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter den Vermieter befriedigt, bevor sie erfolgt. Die Kündigung ist unwirksam, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die

satz aufgestellt, daß der Vermieter eines Grundstücks, sofern er nicht in diesem wohnt, zur Empfangnahme der Miete zur Fälligkeitszeit sich auf dem Grundstück einzufinden oder dort einen Vertreter zu bestellen hat.

[5]) Einer Mahnung bedarf es zur Herbeiführung des Verzugs nicht, wenn die Zeit der Zahlung kalendermäßig bestimmt ist (§ 284 Abs. 2, S. 141).

Digitized by Google

Aufrechnung erklärt (§ 554 Abs. 2), weil in diesem Falle der Mieter annehmen durfte, daß der Vermieter auch seinerseits aufrechnen und nicht auf Einforderung des Mietzinses bestehen werde, der Mieter also bei der Unterlassung der Zinszahlung nicht schuldhaft verfuhr. Kündigt der Vermieter gemäß § 554, so muß er den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Mietzins nach Maßgabe des § 347 (S. 238) zurückerstatten (§ 555).

γ. Bei Grundstücksmieten werden die unter β. erörterten Grundsätze der §§ 554, 555 — die, wie S. 467 erwähnt, nur „suppletorische" Bedeutung haben — regelmäßig verlassen. Solche Mietverträge werden, wie schon S. 467 bemerkt, wenigstens in größeren Städten fast immer unter Zugrundelegung von Formularen geschlossen, die dem Vermieter stets das Recht einräumen, den Mieter schon bei einmaligem Zahlungsverzuge zu „exmittieren", d. h. den Vertrag zur Auflösung zu bringen, aber mit der Maßgabe, daß der Mieter für die Mietzeit zur Fortzahlung der Miete verhaftet bleibt, falls der Mieter die Wohnung nicht anderweit vermietet. Über die einer allzu rücksichtslosen Anwendung der „Exmissionsklausel" häufig entgegenzusetzende exceptio doli generalis vgl. S. 36[3] und I, 296[2].

Stützt der Vermieter eine Räumungsklage auf § 554 oder auf die Vertragsklausel, daß bei nicht pünktlicher Zinszahlung die sofortige Räumung eintreten soll, so braucht er zur Begründung der Exmissionsklage die nicht pünktliche Zahlung nur zu behaupten. Der beklagte Mieter hat zu beweisen, daß er rechtzeitig gezahlt hat.

b. Pflicht zu vertragsmäßigem Gebrauch.

1. Allgemeines.

Der Mieter darf die ihm überlassene Sache nur in einer dem Mietvertrage gemäßen Weise benutzen.[6]) Macht

[6]) Es kommt also auch hier, wie bei der Frage, in welchem Zustande die gemietete Sache zu gewähren und zu erhalten ist (S. 468), auf den — ausdrücklich bestimmten oder stillschweigend vorausgesetzten — Zweck an, zu dem die Sache gemietet ist. Ein

Digitized by Google

der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmachung des Vermieters fort, so kann dieser:

α. in allen Fällen auf Unterlassung klagen (§ 550, hinsichtlich der Zwangsvollstreckung vgl. CPO. § 890, I, 599);

β. sofern seine Rechte durch den Mißbrauch erheblich verletzt werden, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer

---

zu einem Spazierritte gemietetes Reitpferd darf also nicht als Vorspannpferd eines Lastwagens, eine Wohnung nicht als Geschäftslokal, ein Geschäftslokal nicht als Wohnung benutzt werden. Ein Mißbrauch liegt übrigens bei jeder Abweichung von dem Zwecke, zu dem die Sache gemietet ist, vor, auch wenn die anderweite Benutzung die Sache ihrer Substanz nach nicht verschlechtert. Wer eine Wiese zB. zur Anlegung eines Tennisplatzes vermietet, braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß sie als Wiese weiter benutzt wird, es sei denn, daß die Absicht dieses Vertrags dahin ging: der Mieter solle ein Recht (aber keine Verpflichtung) haben, die Wiese zum Tennisplatz umzuwandeln.

Ein in den Exmissionsprozessen bei den Gerichten der großen Städte besonders häufig wiederkehrender Fall des Mißbrauchs liegt in der Benutzung einer gemieteten Wohnung zu unzüchtigen Zwecken. Freilich kann der Empfang von Herrenbesuchen durch die Mieterin oder von Damenbesuchen durch den Mieter einer Wohnung sich erst dann als Mißbrauch darstellen, wenn das Betreiben von Unsittlichkeiten in der Wohnung derart zur Hauptsache wird, daß der eigentliche Zweck, zu dem die Wohnung gemietet wird, nämlich das Wohnen, in den Hintergrund tritt. Der Vermieter einer Wohnung, in welcher gewerbsmäßig Unzucht getrieben wird, ist nach Lage der heutigen Gesetzgebung und Rechtsprechung sogar genötigt, diesen Exmissionsgrund zur Auflösung des Mietverhältnisses geltend zu machen. Denn nach der feststehenden Praxis des Reichsgerichts ist er wegen Kuppelei (StGB. § 180) strafbar, wenn er in Kenntnis des unzüchtigen Treibens aus Eigennutz die ihm mögliche Exmission unterläßt. Die hiermit zusammenhängende Frage der „Kasernierung der Prostitution" ist gelegentlich der in der in jüngster Zeit wieder aufgenommenen „lex Heinze" (I, 104a) viel erörtert, aber zu keinem gesetzlichen Abschlusse gebracht worden.

Bisweilen liegt selbst in dem Nichtgebrauche der gemieteten Sache ein Mißbrauch, zB. wenn ein zur Wohnung vermieteter Raum von dem Mieter nicht benutzt wird. Der Vermieter kann dann mindestens verlangen, daß der Mieter für ordnungsmäßige Lüftung und Heizung Sorge trage, damit sich nicht etwa Hausschwamm oder Feuchtigkeit einniste.

Digitized by Google

Kündigungsfrist kündigen (§ 553). Der für eine spätere Zeit im voraus entrichtete Mietzins ist dann zurückzuerstatten (§ 555).[7])

Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch Mißbrauch der Sache herbeigeführt werden, hat der Mieter zu vertreten (§ 548). Die auf diese Vorschrift sich stützenden Ersatzansprüche verjähren in 6 Monaten von der Rückgabe an, jedenfalls aber gleichzeitig mit der Verjährung des Anspruchs des Vermieters auf Rückgabe der Sache (§ 558).

Für einzelne Ausflüsse der Pflicht des Mieters zu einem dem Vertrage gemäßen Gebrauche der Sache gelten die folgenden Sondervorschriften.

2. Pflicht zur Obhut.

Die Miete ist ein Vertrauensverhältnis. Der Mieter ist daher über das in § 276 angegebene allgemein gültige Maß hinaus (S. 126) zu besonderer Sorgfalt und Aufsicht verpflichtet und haftet gemäß § 278 (S. 127) in gleichem Umfang auch für diejenigen Personen (Gesinde, Gesellen, Lehrlinge), deren er sich zur Erfüllung der ihm als Mieter obliegenden Pflichten bedient. Dagegen haftet er zB. für den Möbeltransporteur, der den Umzug besorgt, nur gemäß § 831 (culpa in eligendo). Das BGB. bestimmt nämlich:

---

[7]) In den bei der Grundstücksmiete regelmäßig zu Grunde gelegten Vertragsformularen werden die Rechte des Vermieters wegen eines Mißbrauchs der Wohnung dahin erweitert, daß er in einem solchen Fall, ohne daß es einer vorgängigen Abmahnung bedarf, das Mietverhältnis solle auflösen dürfen, daß der Mieter aber trotz erfolgter Exmission bis zur anderweiten Vermietung zur Fortzahlung der Miete verpflichtet sei. Besonders gefährlich für den Mieter ist die Festsetzung einer sog. Hausordnung (der Mieter solle nicht lärmen, keine Haustiere halten, in der Küche nicht waschen, nicht mit Licht den Boden betreten usw.), deren Übertretung einen sofortigen Exmissionsgrund abgeben solle. Ein verständiger Richter wird — zumal unter vernünftiger Zulassung der exceptio doli generalis und des Chikaneeinwands — Mittel und Wege finden, einer maßlosen Ausbeutung dieser Vertragsklausel durch rücksichtslose Vermieter entgegenzutreten.

Digitized by Google

α. Der Mieter hat dem Vermieter unverzüglich Anzeige zu machen, wenn sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache (zB. Schwamm) zeigt, oder wenn eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich wird (zB. die Badewanne leckt), oder wenn ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt. Unterläßt der Mieter die Anzeige, so ist er zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet; er ist, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhülfe zu schaffen außer Stande war, nicht berechtigt (oben S. 469 ff.), Erlaß oder Ermäßigung des Mietzinses oder Schadensersatz zu beanspruchen oder zu kündigen (§ 545).

β. Gefährdet der Mieter durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt die Sache erheblich (zB. der Wohnungsmieter lüftet nie, sodaß die Gefahr des Schwamms eintritt), so kann der Vermieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen (§ 553).

Dritten gegenüber (also außerkontraktlich) kann der Mieter eines Gebäudes für Einstürze nach Maßgabe der §§ 836—838 verantwortlich werden.

3. Aftervermietung.

α. Während der Mieter nach röm. und Gem. Rechte (l. 6 C. 4, 65) und nach Code civil Art. 1717 auch ohne Erlaubnis des Vermieters berechtigt ist, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter zu vermieten (sog. sublocatio, Aftervermietung, Untervermietung), bedarf er nach BGB. § 549 der Erlaubnis des Vermieters.[8]) Dies entspricht auch dem Interesse des Vermieters, der es sich nicht gefallen zu lassen braucht, daß ihm statt eines kinderlosen Ehepaars eine Familie mit 10 Kindern, statt einer Papierhandlung ein Käsegeschäft aufgedrängt wird. Um den

[8]) Da das Mietrecht hiernach nicht übertragbar ist, so ist es auch nicht pfändbar, es sei denn, daß der Vermieter seine Zustimmung giebt (CPO. § 851, oben S. 320[7]). Über die Behandlung des Mietrechts im Konkurse des Mieters vgl. S. 496.

Digitized by Google

Mieter jedoch nicht der Willkür des Vermieters zu überlassen, bestimmt § 549 im Anschluß an ALR. I, 21 §§ 309, 310, daß der Mieter bei verweigerter Erlaubnis das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen kann, sofern der Vermieter nicht nachweist, daß in der Person des Dritten ein wichtiger Grund zur Verweigerung der Erlaubnis vorliegt.[9]) Andererseits kann der Vermieter dem Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn der Mieter trotz Abmahnung des Vermieters einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt (§ 553).

In jedem Fall aber, gleichgültig, ob die Gebrauchsüberlassung oder Aftervermietung mit oder ohne Erlaubnis des Vermieters erfolgte, hat der Mieter ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten (§ 549 Abs. 2).

β. Der Aftervermieter tritt in kein unmittelbares Rechtsverhältnis zu dem Vermieter,[10]) jedoch kann dieser

---

[9]) Auch diese Vorschrift hat nur suppletorische Bedeutung und wird bei Abschließung von Mietverträgen über Grundstücke nach Formular stets durch die Abrede ersetzt, daß die ungenehmigte Gebrauchsüberlassung die sofortige Exmission des Mieters nach sich ziehen, diesem aber ein Kündigungsrecht nicht zustehen soll. Übrigens trifft sowohl BGB. § 549 wie die eben erwähnte formularmäßige Vertragsklausel nur den Fall, daß infolge der Gebrauchsüberlassung der Dritte an die Stelle des Mieters für die Mietsache oder einen Teil der Mietsache tritt. Dagegen bedarf es keiner Erlaubnis zur Aufnahme von „Logierbesuch" und selbst von Personen zu dauerndem Aufenthalte, sofern diese die Wohnung nach Art von Familienangehörigen benutzen.

[10]) Der Vermieter kann also — von der ihm als Eigentümer gemäß § 1004 zustehenden actio negatoria abgesehen —, solange das Mietverhältnis mit dem Hauptmieter besteht, gegen den von ihm nicht genehmigten Aftermieter nicht unmittelbar auf Räumung klagen, sondern nur gegen den Hauptmieter auf Unterlassung nach § 550 oder auf Räumung nach § 553. Nach rR. hafteten die eingebrachten Sachen des Aftermieters in Höhe des von diesem an den Hauptmieter zu zahlenden Mietzinses für die Mietschuld des Hauptmieters, und der Aftermieter wurde daher seiner Mietschuld gegen den Aftervermieter ledig, wenn er an den Vermieter zahlte (l. 11 § 5 D. 13, 7). Auch dies gilt weder nach ALR. (I, 21 § 318), noch nach BGB. Der Aftermieter darf also nicht an den Vermieter

Digitized by Google

die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Aftermieter zurückfordern (§ 556 Abs. 3; Fall einer actio in rem scripta, I, 283). Hierzu muß er indessen regelmäßig gegen den Aftermieter besonders auf Räumung klagen.[11]) Denn das gegen den Hauptmieter ergangene Urteil ist nur gegen den Untermieter unmittelbar wirksam (CPO. § 325) und — nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel — vollstreckbar (CPO. § 727), der den Besitz der Mietsache nach Eintritt der Rechtshängigkeit des vom Vermieter gegen den Hauptvermieter angestellten Exmissionsprozesses erlangt hat (I, 327[14]).

c. Pflicht zur Rückgabe.

1. Der Mieter ist verpflichtet, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Über sein Recht auf Ersatz von Aufwendungen und zur Wegnahme einer Einrichtung vgl. S. 473 f. Dem Mieter eines Grundstücks steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu (S. 165[5], ebenso schon l. 25 C. 4, 65). Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern (§ 556).

2. Die Zurückgabe hat an sich in demselben Zustande zu erfolgen, in dem der Mieter sie überkommen hat. Beweist der Vermieter, daß sie verändert oder verschlechtert ist, so haftet der Mieter, sofern er nicht beweist, daß die Veränderungen oder Verschlechterungen durch den vertrags-

zahlen, und dieser kann nicht verlangen, daß der „Chambregarnist" seine Miete an ihn, statt an den Untervermieter zahlt. Vielmehr müßte er dazu den Anspruch des Untervermieters (Hauptmieters) gegen den Aftermieter pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen; dies setzt aber voraus, daß er wegen seiner Mietforderung einen vollstreckbaren Titel gegen den Hauptmieter hat.

[11]) Wegen der Zulassung einer unmittelbaren Klage des Vermieters gegen den Untermieter sind bei der Durchsicht des GVG. und der CPO. (Fassung des RG. vom 17. Mai 1898) die §§ 23[2] und 202[4] GVG. und § 709[1] CPO. (oben S. 466) ausgedehnt worden auf die Streitigkeiten zwischen Vermieter und dem Aftermieter von Wohnräumen oder anderen Räumen.

Digitized by Google

mäßigen Gebrauch herbeigeführt wurden, was der Mieter gemäß § 548 (S. 480) nicht zu vertreten hat.

3. Giebt der Mieter die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen (§ 557).

§ 121. Gesetzliches Pfandrecht des Grundstücksvermieters.

a. Geschichtliche Entwickelung.

1. Nach rR. hatte der Vermieter eines zum Gebrauche, nicht zur Fruchtziehung bestimmten Grundstücks (Wohnhaus, Stall, Lagerplatz, l. 4 § 1 D. 20, 2, „praedium urbanum“, wofür die Benutzungsart, nicht die Lage, entscheidet, l. 198 D. 50, 16) wegen aller Forderungen aus dem Mietverhältnisse (Miete, Schadensersatz, l. 2 D. 20, 2) ein gesetzliches Pfandrecht (pignus tacitum)[1]) an den „invecta et illata“ des Mieters, d. h. den diesem gehörigen beweglichen Sachen, die der Mieter auf das Grundstück gebracht hatte, damit sie dauernd dort bleiben („quae ut

[1]) Ursprünglich mußte der Mieter dem Vermieter durch Nebenvertrag dies Pfandrecht besonders bestellen; allmählich wurde diese Nebenabrede so üblich, daß sie auch ohne ausdrückliche Verabredung als vereinbart galt (vgl. die Überschrift des Digestentitels 20, 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.).

Aus dieser Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts aus einer stillschweigenden Vereinbarung erklärt sich, daß das Pfandrecht nicht nur die eigenen Sachen des Mieters, sondern auch diejenigen fremden Invekten ergriff, welche er rechtsgültig verpfänden konnte, so zB. die der Hauskinder und der Ehefrau, falls der Vater und Ehemann nach dem zur Anwendung gelangenden Familienrecht über deren Mobilien verfügungsberechtigt war. Dies ist zwar in das ALR. (S. 485[2]), nicht aber in das BGB. übergegangen. Das BGB. verneint die der geschichtlichen Entwickelung entstammende Auffassung, daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters eigentlich ein durch konkludente Handlungen, nämlich durch das Einbringen der Sachen, begründetes vertragliches Pfandrecht ist.

Digitized by Google

ibi sint illata fuerint", l. 7 § 1 D. 20, 2). Zur Geltendmachung dieses gesetzlichen Pfandrechts, d. h. zur Erlangung des Besitzes an den invecta und illata, standen dem Vermieter zwei Rechtsbehelfe zu Gebote: ein possessorisches, nur gegen den Mieter wirksames (l. 1 C. 8, 9), das interdictum Salvianum, und ein dingliches, auch gegen Dritte wirksames, die actio Serviana. Umgekehrt stand dem Mieter, dessen Sachen von dem Vermieter rechtswidrig zurückgehalten wurden, ein interdictum de migrando zu (Digestentitel 43, 32).

Das Pfandrecht des Vermieters erstreckte sich auch auf die vom Aftermieter eingebrachten Sachen, jedoch nur bis zur Höhe des von diesem dem Untermieter geschuldeten Mietzinses (S. 482[10]). Daher konnte der Aftermieter, um seine Sachen frei zu machen, auch unmittelbar an den Hauptvermieter zahlen (S. 482[10]).

2. Nach deutschem Rechte hatte der Grundherr gegen den Hintersassen ein Pfändungsrecht wegen verfallener Grundrente (II, 572). Bei der Rezeption konnten die ähnlichen Grundsätze des rR. daher leicht Eingang finden. Sie sind auch in die landesrechtlichen Gesetzgebungen, so insbesondere in das ALR.[2]), und mit einigen Änderungen in das BGB. §§ 559 bis 563 übergegangen.

---

[2]) Nach ALR. I, 21 § 395 hatte der Vermieter wegen aller Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht auf die vom Mieter eingebrachten Sachen, sofern sie sich zur Zeit der Endigung des Mietvertrags noch im Miethause befanden. Hierin lag eine Abschwächung des rR., nach welchem das Vermieterpfandrecht durch Fortschaffung der Sachen nicht erlosch. Die pr. Praxis nahm jedoch an, daß das Pfandrecht durch heimliche oder wider Verbot erfolgte Fortschaffung nicht untergehe.

Nach einer zu ALR. I, 21 § 395 ergangenen Deklaration vom 21. Juli 1846 erstreckte sich das Pfandrecht nicht nur auf die dem Mieter gehörenden, sondern auch auf solche Sachen, die er zu verpfänden befugt war (S. 484[1]). Daher hafteten zB. dem Vermieter, wenn Eheleute mit einander in Verwaltungsgemeinschaft lebten, die zum eingebrachten Vermögen der Frau gehörenden Mobilien; denn über diese konnte der Ehemann nach II, 1 § 247 frei verfügen. Dagegen hafteten die gesetzlich zum vorbehaltenen Vermögen der Frau gehörenden Mobilien nur, wenn diese den

Digitized by Google

b. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Voraussetzungen des Vermieterpfandrechts.

Nach § 559 hat der Vermieter eines Grundstücks für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters.[3]) Das Pfandrecht ist jedoch in dreifacher Beziehung beschränkt:

Mietvertrag mit abschloß, die vertraglich zum Vorbehaltenen gemachten Mobilien nur, wenn der Vermieter bei der Einbringung glaubte, daß sie zum Vermögen des Mannes gehörten (II, 1 §§ 248 bis 250; vgl. II, 687[11]).

Das Pfandrecht bezog sich nach ALR. auf sämtliche Sachen des Mieters, auch auf die nach CPO. § 811 (bisher § 715) der Pfändung nicht unterworfenen. Da durch die Zurückhaltung des Hausrats und des Handwerkszeugs durch rücksichtslose Vermieter die wirtschaftlichen Lebensbedingungen des Mieters häufig völlig vernichtet wurden, bestimmte ein Pr. Gesetz vom 12. Juni 1894, daß das Vermieterpfandrecht sich auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen nicht erstrecke. Dies ist in das BGB. § 559 übergegangen.

[3]) Das Vermieterpfandrecht erstreckt sich daher nach BGB. nur auf die eigenen Sachen des Mieters, also z.B. nicht:

a. auf die Sachen des Aftermieters (anders nach rR., S. 482[10]);

b. auf die Sachen der Ehefrau des Mieters, es sei denn, daß die Eheleute in allgemeiner oder besonderer Gütergemeinschaft leben, denn alsdann unterliegen dem Vermieterpfandrechte die zum Gesamtgute (II, 695) gehörenden Sachen der Frau (§§ 1438, 1443, 1459, 1519, 1527, 1545); dem Vermieter steht übrigens die Vermutung zur Seite, daß die in der Ehewohnung befindlichen Sachen dem Ehemanne gehören (§ 1362, **praesumtio Muciana**, II, 689);

c. auf die Sachen der Hauskinder;

d. auf Sachen Fremder, sei es, daß der Mieter sie auf „Möbelleihvertrag", d. h. auf Abzahlung unter Vorbehalt des Eigentums für den Verkäufer, erworben und noch nicht ganz abgezahlt hat (S. 394[12]), oder daß er sie zum kommissionsweisen Vertrieb erhalten oder von einem Dritten etwa geliehen erhalten hat. Der Vermieter kann sich auch nicht auf BGB. §§ 1207, 932 berufen, wonach der gutgläubige Pfandnehmer ein Pfandrecht auch an solchen ihm verpfändeten Sachen erhält, deren Eigentümer der Verpfänder nicht ist; denn diese Vorschrift bezweckt den Schutz des durch Übergabe entstandenen vertraglichen Faustpfands und ist daher (trotz der in § 1257 BGB. vorgeschriebenen „entsprechenden" Anwendung der Vorschriften über das vertragliche Pfandrecht auf das gesetzliche

Digitized by Google

α. Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden (§ 559 Satz 2). Dagegen kann das Pfandrecht hinsichtlich der bereits verfallenen Raten im Verhältnisse des Vermieters zum Mieter unbeschränkt geltend gemacht werden. Wird jedoch eine dem Pfandrechte des Vermieters unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet, so kann diesem gegenüber das Pfandrecht nicht wegen des Mietzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden (§ 563).

β. Es erstreckt sich, wie nach jüngstem preußischen Rechte (S. 486[2]) nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen (§ 559 Satz 3).

γ. Es beschränkt sich grundsätzlich auf die auf dem Grundstücke befindlichen Sachen, erlischt also mit der Entfernung der Sachen, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Der Vermieter kann der Entfernung nicht widersprechen,

---

Pfandrecht) für das ohne Übergabe wirksame Vermieterpfandrecht nicht maßgebend. In den formularmäßigen Mietverträgen läßt der Vermieter den Mieter regelmäßig versichern, daß die eingebrachten Sachen des Mieters freies und uneingeschränktes Eigentum seien. Die wissentlich falsche Abgabe einer derartigen Erklärung kann den Thatbestand des strafbaren Betrugs (StGB. § 263) darstellen, bewirkt aber nach dem eben Ausgeführten nicht die Unterwerfung der fälschlich als Eigentum des Mieters bezeichneten Sachen unter das Vermieterpfandrecht.

Das Vermieterpfandrecht ergreift auch die eigenen Sachen des Mieters nur in dem Zustand, in welchem sie sich zB. der Einbringung befinden; sind sie also zB. von einem Gläubiger des Mieters vorher gepfändet, so geht dies Pfändungspfandrecht dem später, nämlich mit der Einbringung entstehenden Vermieterpfandrecht vor.

Ist das Pfandrecht des Vermieters entstanden, so wird es nur durch die Entfernung der Sachen von dem Grundstücke (nicht also durch Verbringung in einen anderen Raum des gleichen Grundstücks) beseitigt. Ebenso wird das einmal entstandene Vermieterpfandrecht durch einen Eigentumswechsel nicht berührt, solange die Sachen auf dem Grundstücke verbleiben. Der Erwerber kann sich, wenn die Übergabe auf dem Grundstück erfolgt, auch nicht auf guten Glauben (§§ 932 ff. BGB.) berufen, denn er mußte wissen, daß die eingebrachten Sachen dem Vermieterpfandrecht unterliegen (§ 936).

Digitized by Google

wenn sie im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Mieters oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen (§ 560). Der Vermieter eines Ladens, in dem ein Cigarrengeschäft betrieben wird, kann also zB. dem Käufer, der mit einer gekauften Kiste Cigarren den Laden verlassen will, die Mitnahme nicht verweigern, wohl aber kann er widersprechen, wenn das ganze Warenlager weggeschafft werden soll. Geht ferner der Mieter mit seinem Pelze spazieren und wird dieser ihm außerhalb des Grundstücks abgepfändet, so stehen dem Vermieter gegenüber dem Pfandgläubiger die S. 489[4] geschilderten Rechte hinsichtlich des Pelzes nicht zu.

2. Wirksamkeit.

α. Außerhalb des Konkurses.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters ist nicht nur nach Art eines Retentionsrechts gestaltet, derart, daß der Vermieter etwa dem Mieter persönlich gegenüber zur Zurückhaltung der eingebrachten Sachen berechtigt ist, sondern gewährt ein auch Dritten gegenüber wirksames dingliches Recht. Es kann daher insbesondere auch anderen Gläubigern des Vermieters gegenüber in Anspruch genommen werden, die die eingebrachten Sachen in dem Mietraum auf Grund vollstreckbarer Titel gegen den Mieter pfänden lassen (vgl. S. 489[4]). Da das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters mit der Einbringung entsteht, so geht es, nach dem das Mobiliarpfandrecht beherrschenden Grundsatze „prior tempore potior jure“ späteren Pfändungspfandrechten vor. Zwar hat der Vermieter an den eingebrachten Sachen kein „die Veräußerung hinderndes Recht“ im Sinne des § 771 CPO.; er kann daher, wenn ein Gläubiger seines Mieters die eingebrachten Sachen pfänden läßt, nicht „intervenieren“ und Aufhebung der Pfändung beanspruchen. Aber er kann gemäß § 805 CPO. als ein „Pfandberechtigter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet“ verlangen, aus dem Erlöse vorzugsweise befriedigt zu werden.[4])

[4]) In der Praxis gestaltet sich dieser sehr häufige Fall auf Grund der §§ 805, 769, 770 CPO. wie folgt:

Digitized by Google

β. Der Konkursmasse gegenüber.

Als wahres Pfandrecht wirkt das Vermieterpfandrecht auch der Konkursmasse gegenüber und zwar in der Art eines Absonderungsrechts (KO. § 49[2]), jedoch mit der besonderen Beschränkung, daß es in Ansehung des Miet-

---

A. läßt auf Grund eines vollstreckbaren Titels bei seinem Schuldner B. ein Klavier pfänden. Der Hauswirt C. erklärt dem pfändenden Gerichtsvollzieher, daß er wegen seiner Mietforderung gegen B. das Klavier „retiniere". Der Gerichtsvollzieher darf sich hierdurch weder an der Pfändung noch an der Fortschaffung des Klaviers in seine Pfandkammer (CPO. § 808 Abs. 1) hindern lassen. C. würde sich vielmehr des Widerstands gegen die Staatsgewalt schuldig machen, wenn er unter Berufung auf § 561 BGB. (S. 490) die Wegschaffung hindern wollte. Denn bei dem hier vorliegenden Widerstreite des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters mit einem Pfändungspfandrechte kommt nicht BGB. § 561, sondern CPO. § 805 zur Anwendung, und durch § 805 ist dem Vermieter ein Widerspruchsrecht versagt und er auf einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung beschränkt. Um den letzteren Anspruch geltend zu machen, klagt nun C., sofern A. C.'s Vorrecht nicht ohnedies anerkennt, gegen A. bei dem Amtsgerichte des Vollstreckungsorts und bei mehr als 300 Mk. Streitgegenstand (vgl. CPO. § 6) bei dem diesem sog. Vollstreckungsgericht (I, 549) übergeordneten Landgerichte, mit dem Antrage: „den A. zu verurteilen, in die vorzugsweise Befriedigung des Klägers (C.) aus dem Erlöse des am 15. März 1901 bei B. gepfändeten Klaviers bis zur Höhe von 250 Mk. (C.'s Mietforderung) zu willigen." Da bis zur Beendigung dieses Prozesses das Klavier längst versteigert und der Erlös an A. abgeführt sein würde und C. Gefahr liefe, selbst beim Obsiegen von A. nichts mehr herauszubekommen, so stellt er gleichzeitig mit Einreichung der Klage an das Prozeßgericht den Antrag: „auf Grund der §§ 805 Abs. 4, 769 CPO. die Hinterlegung des Erlöses anordnen zu wollen." Hierbei hat C. seinen Anspruch (durch Vorlegung des Mietvertrags und des Pfändungsprotokolls sowie eidesstattlicher Versicherung) glaubhaft zu machen. Das Prozeßgericht erläßt den beantragten Beschluß. Der Gerichtsvollzieher hat alsdann nach der Versteigerung des Klaviers den Erlös nicht an den Gläubiger A. abzuführen, sondern als Streitmasse zwischen A. und C. bei der zuständigen Hinterlegungsstelle (S. 268[8]) zu hinterlegen. In dringenden Fällen — und solche liegen fast immer vor — kann der Antrag auf Anordnung der Hinterlegung auch in den zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörenden Prozessen an das regelmäßig leichter zu erreichende und schneller arbeitende Vollstreckungsgericht (Amtsgericht des Vollstreckungsorts) gerichtet werden (§§ 805 Abs. 4, 769 Abs. 2).

Digitized by Google

zinses für eine frühere Zeit, als das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens (vgl. § 563), sowie in Ansehung des dem Vermieter infolge der Kündigung des Verwalters entstehenden Entschädigungsanspruchs (S. 496) nicht geltend gemacht werden kann.[5])

3. Geltendmachung.

α. Zurückbehaltung.

Der Vermieter hat nach dem unter 1. Gesagten in gewissen Grenzen ein Recht auf Zurückbehaltung der vom Mieter eingebrachten Sachen. Müßte er zur Geltendmachung dieses Rechts stets das Gericht anrufen, so wäre er in den seltensten Fällen in der Lage, sein Zurückbehaltungsrecht zu verwirklichen. Daher gewährt BGB. § 561 Abs. 1 — in Erweiterung der §§ 229 ff. (III, 669) — dem Vermieter ein umfassendes Selbsthülferecht: er darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen (sog. Perklusionsrecht). Nach der Besitzerlangung der Sachen verfährt der Vermieter mit ihnen, als hätte er an ihnen durch Vertrag ein Faustpfandrecht erhalten (§ 1257), insbesondere kann er sich also aus ihnen außergerichtlich befriedigen (§§ 1233 ff.).

---

[5]) Nach der ursprünglichen Fassung der KO. vom 10. Februar 1877 § 41[4] stand dem Vermieter im Konkurse des Mieters ein Absonderungsrecht wegen aller Forderungen aus dem Mietverhältnisse zu, insbesondere auch wegen des Entschädigungsanspruchs im Fall einer Kündigung durch den Konkursverwalter gemäß § 17[1] (der alten) KO. Hatte z.B. B. von A. im Jahre 1880 auf 10 Jahre ein Geschäftshaus gemietet, und verfiel B. 1881 in Konkurs, so konnte der Konkursverwalter zwar mit dreimonatiger Frist kündigen, A. konnte aber wegen der aus der etwaigen Nichtvermietung des Geschäftshauses ihm erwachsenden Entschädigungsansprüche aus den in dem Geschäftshause befindlichen Sachen als Absonderungsberechtigter Befriedigung verlangen. Da hierdurch die übrigen Konkursgläubiger vielfach geschädigt wurden, wurde dem § 41[4] durch ein besonderes RG. vom 9. Mai 1894 die im Text erwähnte Fassung des jetzigen § 49[2] KO. gegeben.

Digitized by Google

β. Anspruch auf Zurückschaffung.

Das Vermieterpfandrecht ist, wie erwähnt, grundsätzlich auf die bei dessen Geltendmachung auf dem Mietgrundstücke noch befindlichen Sachen beschränkt und erlischt durch die Wegbringung der Sachen. Sind die Sachen jedoch ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters[6]) entfernt worden, so kann der Vermieter die Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Mieter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes verlangen. Der Rückforderungsanspruch erlischt, wenn er nicht binnen Monatsfrist seit Kenntnis gerichtlich geltend gemacht wird (§ 561). Hat nach der Fortschaffung der Sachen ein Dritter (zB. der Vermieter der neuen Wohnung, oder ein Pfändungspfandgläubiger oder ein Erwerber) ein dingliches Recht gutgläubig erworben, dann ist diesem Berechtigten gegenüber der Zurückschaffungsanspruch gemäß §§ 932 ff., 1207 nicht durchführbar.

γ. Abwendung durch Sicherheitsleistung.

Der Mieter kann die Geltendmachung des Pfandrechts des Vermieters durch Sicherheitsleistung abwenden, er kann jede einzelne Sache dadurch von dem Pfandrechte befreien, daß er in Höhe ihres Werts Sicherheit leistet (§ 562).

§ 122. Beendigung des Mietverhältnisses.

a. Zeitablauf.

Im Begriffe der Miete liegt, wie S. 463 dargelegt, daß die Überlassung des Gebrauchs nur auf Zeit erfolgt.

1. Ist die Zeit bestimmt, dann endigt das Mietverhältnis mit Ablauf der Mietzeit ohne weiteres (§ 564

[6]) Gegen die heimliche Wegbringung der dem Vermieterpfandrecht unterliegenden eingebrachten Sachen (sog. „Rücken") ist der Vermieter auch strafrechtlich geschützt durch die Bestimmung des § 289 StGB., wonach wegen „strafbaren Eigennutzes" mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bis 900 Mk. bestraft wird, „wer seine eigene bewegliche Sache dem Pfandgläubiger in rechtswidriger Absicht wegnimmt."

Digitized by Google

Abs. 1).[1]) Über Mietverträge für eine längere Zeit als 30 Jahre vgl. S. 463 (§ 567).

2. Ist das Mietverhältnis dagegen auf unbestimmte Zeit eingegangen, so bedarf es zur Herbeiführung der Auflösung einer Erklärung eines der beiden Teile, einer „Kündigung" (§ 564 Abs. 2). Das Mietverhältnis endet dann aber nicht sofort mit dieser Kündigung, sondern erst eine gewisse Zeit danach, damit der Mieter sich nach einer anderen Sache, der Vermieter sich nach einem anderen Mieter umsehen kann, was für den Hauptfall, die Grundstücksmiete, von besonderer Wichtigkeit ist. Diese Kündigungsfrist bestimmt sich — falls der Mietvertrag, wie stets bei der formularmäßigen Grundstücksmiete, hierüber nichts enthält — einmal danach, ob es sich um Grundstücke oder um bewegliche Sachen handelt, und ferner danach, nach welchen Zeiträumen der Mietzins bemessen ist (§ 565). Gleichgültig ist dagegen, zu welchen Terminen der Mietzins gezahlt wird.

α. Bei Grundstücken kann die Kündigung nur erfolgen: grundsätzlich spätestens am 3. Werktage des Kalendervierteljahrs für dessen Schluß (also zB. spätestens am 4. Januar zum 31. März, ebenso ALR. I, 21 § 344); bei Bemessung des Mietzinses nach Monaten (wie regelmäßig bei der Miete möblierter Zimmer): spätestens am 15. zum Monatsschluß (also zB. am 15. Februar zum 28. Februar; ebenso bisher Pr. Verordn. vom 9. Januar 1812);

---

[1]) Wer also zum 1. Oktober 1901 eine Wohnung auf 1 Jahr mietet, kann am 1. Oktober 1902 ausziehen, ohne daß er vorher noch zu kündigen braucht. In den Mietsformularen findet sich freilich stets die Vertragsklausel: „Dieser Vertrag verlängert sich von selbst auf x Jahre, wenn er nicht y Monate vor seinem Ablaufe gekündigt wird."

Übrigens vollzieht sich der „Umzug" an größeren Orten nicht genau mit Beendigung des Mietverhältnisses, sondern zu bestimmten, von der Ortsbehörde festgesetzten Zeiten; in Berlin zB. muß der Umzug für kleine Wohnungen (1 und 2 Wohnzimmer) am 1., für mittlere (3 und 4 Wohnzimmer) am 2., für große am 3. Werktage des Quartals beendet sein; EGBGB. Art. 93 erhält diese landesrechtlichen Vorschriften, so zB. PrG. vom 30. Juni 1834 und Berliner Polizeiverordnung vom 26. März 1870.

Digitized by Google

bei Bemessung des Mietzinses nach Wochen: spätestens am ersten Werktage zum Schlusse der Kalenderwoche (also zB. am Osterdienstag zum nächsten Sonnabend); bei Bemessung des Mietzinses nach Tagen: an jedem Tage für den folgenden Tag.

β. Bei beweglichen Sachen hat die Kündigung spätestens am dritten Tage vor dem Tage zu erfolgen, an welchem das Mietverhältnis endigen soll; soll ein Mietverhältnis bezüglich eines Reitpferds also zB. am Sonnabend enden, so muß am Mittwoch vorher gekündigt werden. Ist der Mietzins für eine bewegliche Sache nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

3. Als auf unbestimmte Zeit eingegangen gilt auch ein Mietvertrag über ein Grundstück, der nicht schriftlich abgeschlossen ist (S. 462). Wird ferner nach dem Ablaufe der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt, sog. relocatio tacita, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit[2]) verlängert (d. h. es tritt Kündigungspflicht nach Maßgabe des § 565 ein), sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen 2 Wochen dem anderen Teile gegenüber erklärt.[3]) Die Frist beginnt für den Mieter mit der Fort-

[2]) Nach l. 13 § 11 D. 19, 2 galt die relocatio tacita bei Pacht auf ein Jahr, bei Miete „prout quisque habitaverit, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est." Daraus entnahmen manche für das Gemeine Recht, daß eine Mietverlängerung auf die gleiche Zeit galt, auf welche der Vertrag abgeschlossen war. Nach ALR. I, 21 § 328 galt die stillschweigende Verlängerung in der Regel auf ein Jahr.

[3]) Wenn also der Vermieter einer Wohnung, die der Mieter zum 1. Oktober hätte räumen müssen, den Mieter aus Rücksichtnahme bis zum 15. Oktober in der Wohnung beläßt, etwa weil seine Frau in Wochen liegt, so kann er ihm erst zum 1. April des nächsten Jahres kündigen, es sei denn, daß er dem Mieter vor dem 15. Oktober erklärt, er behalte ihn nur, weil des Mieters Frau nicht fortgeschafft werden kann. Wird durch eine Erklärung eines Teils die Annahme eines Fortbestehens des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit ausgeschlossen, so muß der Mieter gemäß BGB. § 557 (S. 484) jedenfalls den bisherigen Mietzins für die Dauer der weiteren Benutzung nach Beendigung des Mietvertrags zahlen.

Digitized by Google

setzung des Gebrauchs, für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt (§ 568).

b. Vorzeitige Beendigung.

In gewissen Fällen endet das Mietverhältnis schon vor Ablauf der bestimmten[4]) Zeit, und zwar ist eine die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses herbeiführende Kündigung teils an den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist gebunden, teils sofort wirksam.

1. Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann kündigen:

α. der Mieter, dem der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teile nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen ist (§ 542). Hierüber vgl. oben S. 472;

β. der Mieter einer Wohnung oder eines anderen zum Aufenthalte von Menschen bestimmten Raums, wenn deren Benutzung (zB. wegen Feuchtigkeit) mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, und zwar (im Gegensatz zu den §§ 539, 540, oben S. 470 f.) selbst dann, wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat (§ 544);

γ. der Vermieter bei vertragswidrigem Gebrauche der Sache durch den Mieter (§ 553, S. 479);

δ. der Vermieter bei zweimaligem Zahlungsverzuge des Mieters (§ 554, S. 477).

2. Mit Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kann kündigen:

---

[4]) Nicht aufgenommen in das BGB. sind von den nach bisherigem Rechte gegebenen Auflösungsgründen das Recht des Vermieters, die vermietete Sache im Fall eines notwendigen Hauptbaues (l. 30 pr., l. 35 pr. D. 19, 2, ALR. I, 21 § 363 S. 472[5]) und des dringenden eigenen Bedürfnisses (l. 3 C. 4, 65) vom Mieter zurückzufordern.

Digitized by Google

α. der Mieter, dem der Vermieter grundlos die Genehmigung zur Aftervermietung verweigert hat (§ 549, S. 482);

β. der Mieter, der als Militärperson, Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt nach einem anderen Orte versetzt wird.[5]) Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (§ 570);

γ. der Vermieter und der Erbe des Mieters, falls der Mieter stirbt.[6]) Die Kündigung kann auch hier nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (§ 569);

---

[5]) Gleichgültig ist hierbei, ob die Versetzung auf Antrag des Beamten usw. oder von Amtswegen erfolgt. Übrigens erhalten die preuß. Staatsbeamten bei Versetzungen nach dem PrG. vom 24. Februar 1877 nicht nur Umzugs-, Transport- und Reisekosten, sondern es wird ihnen auch der Mietzins vergütet, den sie bis zu dem Termine zahlen müssen, zu welchem die Kündigung der von ihnen an ihrem bisherigen Amtssitze gemieteten Wohnung zuerst möglich war. Das bezieht sich aber nur auf fest („etatsmäßig") angestellte Beamte, nicht auf Beamte, die durch die Versetzung erst in ein besoldetes Staatsamt einrücken. Wird also ein in Berlin — selbst „diätarisch", d. h. gegen Gewährung von Tagegeldern — beschäftigter Gerichtsassessor Amtsrichter in Nauen, so muß er die Umzugskosten und die Mietentschädigung selbst tragen.

Nicht aufgenommen hat das BGB. die Vorschrift des ALR. I, 21 § 378, wonach die zu dem mobilgemachten Heere gehörenden Personen nur bis zum Ablaufe des Quartals, in dem der Ausmarsch erfolgt, an ihre Mietverträge gebunden waren.

[6]) Nach rR. hatte der Tod des Mieters keinen Einfluß auf das Mietverhältnis (§ 6 J. 3, 24, l. 10 C. 4, 65). Dagegen konnte nach ALR. I, 21 §§ 371, 373 nach dem Tode des Mieters jeder Teil kündigen, der Vermieter in der gesetzlichen Frist, der Erbe zum Ablaufe eines halben Jahrs nach dem Sterbequartal.

Nach ALR. I, 21 § 372 war eine Ehefrau zur Kündigung selbst dann berechtigt, wenn sie den Mietvertrag mit unterschrieben hatte. Dies hat das BGB. nicht aufgenommen. Haben also Eheleute gemeinsam gemietet, worauf die Vermieter besonders „kleinen Leuten" gegenüber halten, damit die Wirtschaftsgegenstände, die meist der Ehefrau gehören, dem Vermieterpfandrecht unterfallen (S. 486[3]), so bleibt nach BGB. die Ehefrau trotz des Todes des Ehemanns und Ernährers an den Mietvertrag weiter gebunden.

Digitized by Google

setzung des Gebrauchs, für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt (§ 568).

b. Vorzeitige Beendigung.

In gewissen Fällen endet das Mietverhältnis schon vor Ablauf der bestimmten[4]) Zeit, und zwar ist eine die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses herbeiführende Kündigung teils an den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist gebunden, teils sofort wirksam.

1. Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann kündigen:

α. der Mieter, dem der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teile nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen ist (§ 542). Hierüber vgl. oben S. 472;

β. der Mieter einer Wohnung oder eines anderen zum Aufenthalte von Menschen bestimmten Raums, wenn deren Benutzung (z.B. wegen Feuchtigkeit) mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, und zwar (im Gegensatz zu den §§ 539, 540, oben S. 470 f.) selbst dann, wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat (§ 544);

γ. der Vermieter bei vertragswidrigem Gebrauche der Sache durch den Mieter (§ 553, S. 479);

δ. der Vermieter bei zweimaligem Zahlungsverzuge des Mieters (§ 554, S. 477).

2. Mit Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kann kündigen:

---

[4]) Nicht aufgenommen in das BGB. sind von den nach bisherigem Rechte gegebenen Auflösungsgründen das Recht des Vermieters, die vermietete Sache im Fall eines notwendigen Hauptbaues (l. 30 pr., l. 35 pr. D. 19, 2, ALR. I, 21 § 363 S. 472[5]) und des dringenden eigenen Bedürfnisses (l. 3 C. 4, 65) vom Mieter zurückzufordern.

Digitized by Google

α. der Mieter, dem der Vermieter grundlos die Genehmigung zur Aftervermietung verweigert hat (§ 549, S. 482);

β. der Mieter, der als Militärperson, Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt nach einem anderen Orte versetzt wird.[5]) Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (§ 570);

γ. der Vermieter und der Erbe des Mieters, falls der Mieter stirbt.[6]) Die Kündigung kann auch hier nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (§ 569);

---

[5]) Gleichgültig ist hierbei, ob die Versetzung auf Antrag des Beamten usw. oder von Amtswegen erfolgt. Übrigens erhalten die preuß. Staatsbeamten bei Versetzungen nach dem PrG. vom 24. Februar 1877 nicht nur Umzugs-, Transport- und Reisekosten, sondern es wird ihnen auch der Mietzins vergütet, den sie bis zu dem Termine zahlen müssen, zu welchem die Kündigung der von ihnen an ihrem bisherigen Amtssitze gemieteten Wohnung zuerst möglich war. Das bezieht sich aber nur auf fest („etatsmäßig") angestellte Beamte, nicht auf Beamte, die durch die Versetzung erst in ein besoldetes Staatsamt einrücken. Wird also ein in Berlin — selbst „diätarisch", d. h. gegen Gewährung von Tagegeldern — beschäftigter Gerichtsassessor Amtsrichter in Nauen, so muß er die Umzugskosten und die Mietentschädigung selbst tragen.

Nicht aufgenommen hat das BGB. die Vorschrift des ALR. I, 21 § 378, wonach die zu dem mobilgemachten Heere gehörenden Personen nur bis zum Ablaufe des Quartals, in dem der Ausmarsch erfolgt, an ihre Mietverträge gebunden waren.

[6]) Nach rR. hatte der Tod des Mieters keinen Einfluß auf das Mietverhältnis (§ 6 J. 3, 24, l. 10 C. 4, 65). Dagegen konnte nach ALR. I, 21 §§ 371, 373 nach dem Tode des Mieters jeder Teil kündigen, der Vermieter in der gesetzlichen Frist, der Erbe zum Ablaufe eines halben Jahrs nach dem Sterbequartal.

Nach ALR. I, 21 § 372 war eine Ehefrau zur Kündigung selbst dann berechtigt, wenn sie den Mietvertrag mit unterschrieben hatte. Dies hat das BGB. nicht aufgenommen. Haben also Eheleute gemeinsam gemietet, worauf die Vermieter besonders „kleinen Leuten" gegenüber halten, damit die Wirtschaftsgegenstände, die meist der Ehefrau gehören, dem Vermieterpfandrecht unterfallen (S. 486[3]), so bleibt nach BGB. die Ehefrau trotz des Todes des Ehemanns und Ernährers an den Mietvertrag weiter gebunden.

Digitized by Google

δ. der Eigentümer eines Grundstücks, das der Nießbraucher über die Beendigung des Nießbrauchs hinaus vermietet hatte (§ 1056); das Gleiche gilt hinsichtlich der zum Vermögen einer Ehefrau (§§ 1423, 1546, 1550) und eines Hauskindes (§ 1663) gehörenden Grundstücke, sowie beim Eintritte der Nacherbfolge (§ 2135);

ε. der Ersteher eines in der Zwangsversteigerung erworbenen Grundstücks (Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 § 57, I, 591), sowie der Erwerber eines vom Konkursverwalter freihändig veräußerten Grundstücks (KO. § 21 Abs. 3, I, 649[26]).

c. Einfluß der Konkurseröffnung.

Durch den Ausbruch des Konkurses erleiden die Lebensverhältnisse des Gemeinschuldners tiefgehende Änderungen. Ist der Gemeinschuldner, sei es als Mieter oder als Vermieter, an einem zB. der Konkurseröffnung laufenden Mietverhältnisse beteiligt, so wird regelmäßig der eine oder andere Teil an der alsbaldigen Beendigung des Mietvertrags ein Interesse haben. Daher erleichtern die §§ 19—21 KO. die Aufhebung dieser Verträge. Das Nähere ist I, 648[26] dargestellt.

§ 123. Kauf bricht nicht Miete.

a. Geschichtliche Entwickelung.

Wie schon S. 464 erwähnt, galt für das rR. der Grundsatz: „Kauf bricht Miete". Dies Rechtssprüchwort bedeutete aber nicht etwa, daß im Fall einer Veräußerung der Mietsache der Mietvertrag (als Schuldverhältnis) aufhörte. Vielmehr war der Sinn dieses Satzes, daß — wegen des rein persönlichen Charakters des Mietverhältnisses nach römischer Auffassung, S. 464 — der Erwerber einer vermieteten Sache in kein Rechtsverhältnis zu dem Mieter eintritt; weder konnte er von dem Mieter (l. 32 D. 19, 2, l. 9 C. 4, 65), noch konnte der Mieter von dem Erwerber (l. 25 § 1 D. 19, 2, l. 12, 18 pr. D. 43, 16) die Fortsetzung der Miete verlangen. Dagegen blieb das Mietverhältnis

Digitized by Google

zwischen dem Vermieter, der veräußert hatte, und dem Mieter an sich bestehen. Entsetzte daher der Erwerber auf Grund seines Eigentums den Mieter, so konnte dieser auf Grund des Fortbestehens des Mietverhältnisses von seinem Vermieter mit der actio conducti volles Interesse verlangen (l. 25 § 1 D. 19, 2).

Bei der Rezeption wurde der Grundsatz des rR. in das Gemeine Recht übernommen. Dagegen hatten die neueren Gesetzgebungswerke meist den umgekehrten Satz angenommen: „Heuer geht vor Kauf", d. h. der Erwerber trat von selbst in die Verpflichtungen des Vermieters ein, der Mietvertrag setzte sich zwischen Erwerber und Mieter unverändert fort, teils überhaupt, so ALR.[1]) und Code civil (für Grundstücke), teils wenigstens für den Fall der Eintragung des Mietrechts in das Grundbuch.

b. Bürgerliches Gesetzbuch.

Das BGB. hat sich — nachdem der erste, in diesem Punkte dem rR. folgende Entwurf allseitigen Widerspruch hervorgerufen hatte, S. 465 — dem Grundsatze „Kauf bricht nicht Miete" angeschlossen, weil dieser dem bisherigen Rechte des umfangreichsten Gebiets und einem schutzwürdigen

---

[1]) Das ALR. betrachtete das Mietrecht nach erfolgter Gebrauchsüberlassung als dingliches Recht (S. 464) und ließ es deshalb ohne Rücksicht auf den Gegenstand gegen den Erwerber wirken, und zwar auch dann, wenn er von dem Bestehen des Mietrechts keine Kenntnis hatte, bei Grundstücken ferner, ohne daß es der Eintragung des Mietrechts bedurfte (EEG. § 12).

Daher bestimmte ALR. I, 21 §§ 350 ff.:

a. Bei einer vor der Übergabe — also bevor das Rechtsverhältnis dinglich wurde — erfolgten Veräußerung konnte der Mieter von dem Mietvertrag ohne weiteres abgehen, während der Erwerber nur dann gebunden war, wenn er bei dem Erwerbe der Mietsache von dem Bestehen des Mietvertrags Kenntnis hatte.

b. Bei einer nach der Übergabe erfolgten Veräußerung trat keine Änderung ein. Erfolgte die Veräußerung jedoch im Wege gerichtlicher Zwangsversteigerung (vgl. PrZwVG. § 22 Abs. 3), so konnte der betreibende Gläubiger sowie der Ersteher zum Ablaufe des dem Zuschlage folgenden Kalenderquartals kündigen, während der in dieser Weise gekündigte Mieter die Miete bereits zum Schlusse des Vierteljahrs, in dem der Zuschlag erfolgte, aufgeben durfte.

Digitized by Google

δ. der Eigentümer eines Grundstücks, das der Nießbraucher über die Beendigung des Nießbrauchs hinaus vermietet hatte (§ 1056); das Gleiche gilt hinsichtlich der zum Vermögen einer Ehefrau (§§ 1423, 1546, 1550) und eines Hauskindes (§ 1663) gehörenden Grundstücke, sowie beim Eintritte der Nacherbfolge (§ 2135);

ε. der Ersteher eines in der Zwangsversteigerung erworbenen Grundstücks (Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 § 57, I, 591), sowie der Erwerber eines vom Konkursverwalter freihändig veräußerten Grundstücks (KO. § 21 Abs. 3, I, 649[26]).

c. Einfluß der Konkurseröffnung.

Durch den Ausbruch des Konkurses erleiden die Lebensverhältnisse des Gemeinschuldners tiefgehende Änderungen. Ist der Gemeinschuldner, sei es als Mieter oder als Vermieter, an einem zZ. der Konkurseröffnung laufenden Mietverhältnisse beteiligt, so wird regelmäßig der eine oder andere Teil an der alsbaldigen Beendigung des Mietvertrags ein Interesse haben. Daher erleichtern die §§ 19—21 KO. die Aufhebung dieser Verträge. Das Nähere ist I, 648[26] dargestellt.

§ 123. Kauf bricht nicht Miete.

a. Geschichtliche Entwickelung.

Wie schon S. 464 erwähnt, galt für das rR. der Grundsatz: „Kauf bricht Miete". Dies Rechtssprüchwort bedeutete aber nicht etwa, daß im Fall einer Veräußerung der Mietsache der Mietvertrag (als Schuldverhältnis) aufhörte. Vielmehr war der Sinn dieses Satzes, daß — wegen des rein persönlichen Charakters des Mietverhältnisses nach römischer Auffassung, S. 464 — der Erwerber einer vermieteten Sache in kein Rechtsverhältnis zu dem Mieter eintritt; weder konnte er von dem Mieter (l. 32 D. 19, 2, l. 9 C. 4, 65), noch konnte der Mieter von dem Erwerber (l. 25 § 1 D. 19, 2, l. 12, 18 pr. D. 43, 16) die Fortsetzung der Miete verlangen. Dagegen blieb das Mietverhältnis

Digitized by Google

zwischen dem Vermieter, der veräußert hatte, und dem Mieter an sich bestehen. Entsetzte daher der Erwerber auf Grund seines Eigentums den Mieter, so konnte dieser auf Grund des Fortbestehens des Mietverhältnisses von seinem Vermieter mit der actio conducti volles Interesse verlangen (l. 25 § 1 D. 19, 2).

Bei der Rezeption wurde der Grundsatz des rR. in das Gemeine Recht übernommen. Dagegen hatten die neueren Gesetzgebungswerke meist den umgekehrten Satz angenommen: „Heuer geht vor Kauf", d. h. der Erwerber trat von selbst in die Verpflichtungen des Vermieters ein, der Mietvertrag setzte sich zwischen Erwerber und Mieter unverändert fort, teils überhaupt, so ALR.[1]) und Code civil (für Grundstücke), teils wenigstens für den Fall der Eintragung des Mietrechts in das Grundbuch.

b. Bürgerliches Gesetzbuch.

Das BGB. hat sich — nachdem der erste, in diesem Punkte dem rR. folgende Entwurf allseitigen Widerspruch hervorgerufen hatte, S. 465 — dem Grundsatze „Kauf bricht nicht Miete" angeschlossen, weil dieser dem bisherigen Rechte des umfangreichsten Gebiets und einem schutzwürdigen

---

[1]) Das ALR. betrachtete das Mietrecht nach erfolgter Gebrauchsüberlassung als dingliches Recht (S. 464) und ließ es deshalb ohne Rücksicht auf den Gegenstand gegen den Erwerber wirken, und zwar auch dann, wenn er von dem Bestehen des Mietrechts keine Kenntnis hatte, bei Grundstücken ferner, ohne daß es der Eintragung des Mietrechts bedurfte (EEG. § 12).

Daher bestimmte ALR. I, 21 §§ 350 ff.:

a. Bei einer vor der Übergabe — also bevor das Rechtsverhältnis dinglich wurde — erfolgten Veräußerung konnte der Mieter von dem Mietvertrag ohne weiteres abgehen, während der Erwerber nur dann gebunden war, wenn er bei dem Erwerbe der Mietsache von dem Bestehen des Mietvertrags Kenntnis hatte.

b. Bei einer nach der Übergabe erfolgten Veräußerung trat keine Änderung ein. Erfolgte die Veräußerung jedoch im Wege gerichtlicher Zwangsversteigerung (vgl. PrZwVG. § 22 Abs. 3), so konnte der betreibende Gläubiger sowie der Ersteher zum Ablaufe des dem Zuschlage folgenden Kalenderquartals kündigen, während der in dieser Weise gekündigte Mieter die Miete bereits zum Schlusse des Vierteljahrs, in dem der Zuschlag erfolgte, aufgeben durfte.

Digitized by Google

Interesse der Mieter entspringt, welche dem Vermieter gegenüber regelmäßig wirtschaftlich schwächer sind. Da der Satz aber nur jus dispositivum, nicht jus cogens enthält, so kann er durch entgegenstehende Vereinbarung ausgeschlossen werden. Thatsächlich geschieht dies bei den unter Zugrundelegung von Formularen abgeschlossenen Wohnungsmieten stets durch Aufnahme einer Klausel: „Veräußert der Vermieter das Grundstück, so ist er berechtigt, den Vertrag mit dreimonatiger Frist zu kündigen".

Für bewegliche Sachen ergiebt sich der Schutz des Mieters dem Erwerber gegenüber aus § 986,[2]) für die besonders wichtige Grundstücksmiete sind in den §§ 571—579 besondere Vorschriften gegeben.[3]) Das BGB.

[2]) Ist dem Mieter der Besitz der vermieteten Sache eingeräumt, so kann die Übergabe gemäß § 931 dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt. Hat sich nun die Veräußerung in dieser Weise vollzogen, so kann der Mieter nach § 986 Abs. 2 dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch auf Herausgabe zustehen, d. h. der Mieter kann dem Anspruche des Erwerbers auf Herausgabe sein Recht auf Fortsetzung des Mietgebrauchs bis zur Beendigung des Mietverhältnisses entgegenstellen. Dies gilt aber nur für den Fall, daß der Mieter in den Besitz der Mietsache gesetzt ist. Wenn also z.B. Reserveleutnant A. für eine militärische Übung von B. ein Pferd mietet und übergeben erhält, dann wirkt sein Mietrecht auch gegen C., der das Pferd während der Dauer der Übung von B. kauft und zurückfordert. Wenn A. dagegen von dem Pferdeverleiher B. dessen Stute „Stella" zum Ausreiten für den Monat Mai täglich von 6—8 Uhr früh mietet, so kann er sein Recht auf Benutzung des in B.s Stalle verbliebenen Pferdes dem C. gegenüber, der das Pferdeverleihgeschäft am 15. Mai von B. erworben hat, nicht durchsetzen.

[3]) Diese für die Grundstücksveräußerung jeder Art (nicht nur durch Kauf, wie aus dem Satze „Kauf bricht Miete" gefolgert werden könnte, sondern z.B. auch durch Schenkung) gegebenen Vorschriften finden auch Anwendung (§ 577), wenn das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter mit dem Recht eines Dritten (Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht) belastet wird, falls dadurch dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird. Hat jedoch die Ausübung des Rechts nur eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmäßigen Gebrauche zur Folge, so ist der Dritte dem Mieter gegenüber verpflichtet, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde.

Digitized by Google

unterscheidet, ob beim Abschlusse des Veräußerungsvertrags das vermietete Grundstück dem Mieter bereits überlassen ist oder nicht.

1. Die Überlassung ist z. B. der Veräußerung bereits erfolgt.

Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verflichtungen ein (§ 571 Abs. 1).

Der in § 571 Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz des Eintritts des Erwerbers an die Stelle des veräußernden Vermieters ist jedoch nicht streng durchzuführen, soll nicht die Gefahr der Schädigung eines Beteiligten eintreten.

α. Der Erwerber tritt vom Eigentumsübergang an in die Verpflichtungen des Vermieters (zur Gebrauchsgewährung, Unterhaltung usw., S. 466 ff.) ein. Hiermit ist der Vermieter jedoch seiner Verbindlichkeiten dem Mieter gegenüber für die Zukunft nicht ledig. Könnte der Vermieter sich durch die Veräußerung von der Erfüllung der ihm nach dem Mietvertrag obliegenden Pflichten befreien, so würde darin eine Ausnahme des der Natur der Sache entsprechenden Satzes liegen, daß niemand seinem Gläubiger einen anderen Schuldner aufdrängen darf (S. 341). Daher bestimmt BGB. § 571 Abs. 2: „Erfüllt der Erwerber die Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Mieter von dem Übergange des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis, so wird der Vermieter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist". Tritt an die Stelle des Erwerbers infolge erneuter Veräußerung wieder ein neuer Erwerber, so haftet neben diesem der Vermieter fort (§ 579). Jeder Erwerber haftet aber nur auf die Dauer seines Eigentums.

Digitized by Google

β. Der Erwerber rückt vom Eigentumsübergang an auch in die Rechte des Vermieters ein.[4]) Ihm gebührt also auch der nach diesem Augenblicke fällig werdende[5]) Mietzins. Hierbei muß das Gesetz jedoch in doppelter Beziehung zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten vermitteln.

a. Solange der Vermieter Eigentümer des vermieteten Grundstücks ist, ist er an sich berechtigt, auch über die noch nicht fällige Mietzinsforderung zu verfügen. Dadurch könnte der Erwerber aber geschädigt werden, zB. wenn er nach der Auflassung und Zahlung des Kaufpreises erfährt, daß der vermögenslose Veräußerer die nach den vorgelegten Mietverträgen vierteljährlich zu zahlende Miete auf mehrere Jahre einem Dritten abgetreten hat. Um den Erwerber nun zu schützen, bestimmt § 573: eine vom Vermieter vor dem Übergange des Eigentums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Mietzins getroffene, dem Erwerber zZ. des Eigentumsübergangs unbekannt gebliebene Vorausverfügung ist nur insoweit (zu Gunsten des Dritten und gegen den Erwerber) wirksam, als sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Übergangs des Eigentums laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Wenn also A. am 5. Januar die in Vierteljahrsraten zahlbaren Mieten seines Hauses für die Zeit vom 1. April bis 1. Oktober an B. abtritt und sein Haus am 10. März an C. auflässt, so braucht C., wenn er am 10. März keine

---

[4]) Insbesondere tritt der Erwerber auch in die Rechte des Vermieters aus dem gesetzlichen Pfandrechte (S. 484 ff.) und aus einer vom Mieter etwa gestellten Sicherheit ein. Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt (§ 572).

[5]) Der zZ. des Eigentumswechsels fällige Mietzins gebührt dem Veräußerer selbst dann, wenn er den Entgelt für die Zeit nach dem Eigentumswechsel darstellt. Wenn also A. von B. auf 5 Jahre ein Geschäftslokal mit der Abrede mietet, daß die ganze Miete beim Einzuge zu entrichten ist, so kann sich ein Erwerber des Grundstücks auf die §§ 573, 574 nicht berufen.

Digitized by Google

Kenntnis von der Abtretung hatte, diese nur für die Zeit bis zum 30. Juni gegen sich gelten zu lassen.

b. Eine Verfügung im Sinne des § 573 liegt auch vor, wenn der Vermieter mit dem Mieter in Ansehung der Mietzinsforderung ein Rechtsgeschäft vornimmt, also zB. die Miete in Empfang nimmt, erläßt oder verrechnet. Eine solche Verfügung brauchte der Erwerber nur nach Maßgabe des § 573 gegen sich gelten zu lassen. Dem Mieter wird aber gegen eine Nachforderung des Erwerbers in § 574 ein in doppelter Beziehung erweiterter Schutz gewährt:

1) Maßgebend ist für die Berechnung des „laufenden und des folgenden Vierteljahrs" nicht die Zeit des Eigentumsübergangs, wie in § 573, sondern die Kenntnis des Mieters hiervon. Wenn also zB. A. sein Grundstück am 20. Juni an B. auflßt, der Mieter C. hiervon erst am 2. Juli Kenntnis erhält, aber schon am 1. April auf A.s Wunsch die Miete bis 31. Dezember vorausgezahlt hat, so kann B. nicht die nochmalige Zahlung verlangen; erhält C. aber bereits am 21. Juni Kenntnis von dem Eigentumswechsel, so muß er die Miete für das 4. Vierteljahr noch einmal an B. zahlen.

2) Nach § 573 ist eine Vorausverfügung seitens des Vermieters überhaupt nur wirksam, wenn sie *vor* dem Eigentumsübergang erfolgt. Denn später ist nach § 571 Abs. 1 der Erwerber, nicht mehr der Vermieter, Gläubiger der Mietforderung. *Nach* dem Eigentumswechsel könnte daher der Mieter auch nicht mehr rechtsgültig an den Vermieter zahlen. Die gleichen Gründe jedoch, die dafür sprechen, daß der Schuldner, der von einer Abtretung der Forderung keine Kenntnis hat, noch rechtsgültig mit dem bisherigen Gläubiger verhandeln dürfe (S. 332), liegen auch hier vor. Der Mieter muß, solange er von einem Eigentumswechsel keine Kenntnis hat, den Vermieter als seinen wahren Gläubiger betrachten. Daher bestimmt BGB. § 574, daß ein vom Vermieter, selbst *nach* dem Eigentumswechsel, mit dem Mieter — der hiervon keine Kenntnis hat — vorgenommenes Rechtsgeschäft über den Mietzins wirksam ist, soweit es sich nicht bezieht auf den Mietzins

Digitized by Google

für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in dem der Mieter von dem Übergange des Eigentums Kenntnis erlangt, und das folgende Vierteljahr. C. ist also in dem zu 1) erwähnten Falle selbst dann gegen Ansprüche des Erwerbers geschützt, wenn er die Vorauszahlung nach dem Eigentumswechsel, etwa am 1. Juli, bewirkt hat.

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Aufrechnung gegenüber dem Erwerber mit einer Forderung gegen den Vermieter, sowie der Wirkung einer durch den Vermieter gemachten Anzeige von der Eigentumsübertragung sind in den §§ 575, 576 die zur Sicherung des debitor cessus gegebenen Vorschriften der §§ 406, 407, 409 (S. 332 ff.) wiederholt.[6])

γ. Besonderes gilt (wie schon nach dem bisherigen Pr. Rechte (S. 497[1]) für den Fall der Zwangsversteigerung. Nach § 57 des ZwVG. vom 24. März 1897 wirkt die Miete zwar auch in diesem Falle dem Ersteher gegenüber; dieser ist aber berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen, jedoch nur

---

[6]) Aus dem Umstande, daß die Miete eines Grundstücks in der oben geschilderten Weise auch gegen den Erwerber wirkt, ist nicht zu schließen, daß die Miete mit der Überlassung der Mietsache an den Mieter, wie nach ALR. (S. 464), zu einem dinglichen Rechte wird. Gegen diese Auffassung spricht u. a., daß das BGB. die Miete nicht als Recht an einer Sache behandelt (vgl. EGBGB. Art. 188 Abs. 2), daß der Erwerber für die vor dem Eigentumsübergang entstandenen Verpflichtungen des Vermieters nicht einmal mit dem Grundstücke haftet, daß endlich die Wirkung des Mietrechts dem Erwerber gegenüber durch entgegenstehende Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter beseitigt werden kann. Die Miete ist vielmehr ein reines Schuldverhältnis und wandelt sich auch durch die Gebrauchsüberlassung nicht in ein dingliches Verhältnis um; nur tritt hierdurch kraft ausdrücklicher, auf Gründen der Rechtspolitik beruhender Gesetzesvorschrift die Änderung ein, daß Rechte und Pflichten des Vermieters mit dem Eigentum an dem Grundstücke verknüpft sind, so daß jeder Erwerber für die Dauer seines Eigentums in die Rechtslage des Vermieters eintritt, gleich als ruhte die Miete als Reallast auf dem Grundstücke (II, 567). Die Miete wird also mit der Übergabe an den Mieter zu einem an einen Zustand geknüpften Schuldverhältnisse (Zustandsobligation).

Digitized by Google

für den ersten Termin, für den die Kündigung zulässig ist.[7])

δ. Besondere Vorschriften (EGBGB. Art. 109) gelten für den Fall der Zwangsenteignung. Gemäß § 45 des Pr. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 geht das enteignete Grundstück mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses (II, 531[8]) an Eigentümer und Unternehmer frei von allen privatrechtlichen Verpflichtungen auf den Unternehmer über. Mit diesem Übergang erlischt also ein etwa vorhandenes Mietrecht. Der Unternehmer ist aber nach § 11 dem Mieter gegenüber entschädigungspflichtig.

2. Die Überlassung ist z. B. der Veräußerung oder Belastung noch nicht erfolgt. Dann hat der Mieter nur ein jus ad rem, das den Erwerber nach den Grundsätzen des BGB. nicht berührt (S. 465[5]). Der Erwerber braucht den Vertrag dem Mieter gegenüber also nicht zu erfüllen, ebensowenig wie er vom Mieter die Erfüllung verlangen darf. Hat der Erwerber jedoch dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen, so kommen die unter 1 erwähnten Grundsätze zur Anwendung (§ 578).

§ 124. II. Pacht.

Die Römer faßten Miete und Pacht unter dem Begriffe der locatio conductio rei zusammen und unterstellten beide Arten von Nutzungsverträgen im wesentlichen[1]) den

---

[7]) Wenn also A. in B.s Hause vom 1. April 1900 ab ein Geschäftslokal auf 10 Jahre gemietet hat und C. bei der eingeleiteten Zwangsversteigerung am 4. Juli 1901 den Zuschlag erhält, so kann C. dem A. bis zum 3. Oktober 1901 zum 31. Dezember 1901 kündigen (§ 565, S. 492).

Dieses besondere Kündigungsrecht ist dem Ersteher nicht gewährt, sofern die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft, z. B. unter Miterben, erfolgt (ZwVG. § 183).

[1]) Es fanden sich aber schon nach rR. einzelne Besonderheiten des heute sogenannten Pachtvertrags, die jedoch sämtlich in das BGB. nicht übergegangen sind. Diese waren:

Digitized by Google

gleichen Grundsätzen. Die deutschrechtliche Entwickelung dagegen hat, insbesondere wegen der eigentümlichen Be-

a. Colonia partiaria.

Die Gegenleistung desjenigen, dem eine fruchttragende Sache nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Fruchtgewinnung überlassen wird (pensio), konnte nach rR. bestehen in Geld, in einer bestimmten Menge von Früchten (pars quanta) oder in einem gewissen Anteil an diesen (pars quota). In letzterem Falle (sog. colonia partiaria, Teilpacht) sollte zwischen Verpächter und Pächter, besonders bezüglich der Tragung der Gefahr ein gesellschaftsähnliches Verhältnis stattfinden („partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partītur", l. 25 § 6 D. 19, 2, ähnlich ALR. I, 21 §§ 265, 266 hinsichtlich der Früchte).

Das BGB. enthält keine Sondervorschriften über die Teilpacht. Es steht jedoch auch nach BGB. nichts im Wege, daß die Beteiligten den Pachtzins auf einen Bruchteil des Fruchtertrags festsetzen. Ob in einem solchen Falle Pacht oder Gesellschaft vorliegt, ist Thatfrage.

b. Remissio mercedis.

Nach rR. konnte der Pächter bei ungewöhnlichen Unglücksfällen, welche die Fruchtgewinnung beeinträchtigten, einen Pachtzinserlaß (remissio mercedis) beanspruchen unter der Verpflichtung, den erlassenen Teil des Pachtzinses aus den Erträgnissen ungewöhnlich glücklicher Jahre nachzuzahlen (l. 15 §§ 2—4 D. 19, 2, l. 8 C. 4, 65). Ähnliches galt nach ALR. I, 21 §§ 478 ff.

Das BGB. hat keinerlei Vorschriften über den Pachtzinserlaß infolge außerordentlicher Unglücksfälle aufgenommen. Sind diese derart, daß der Verpächter der ihm als Vorleistung (S. 474) obliegenden Pflicht zum uti frui licere praestare, also zur Gewährung der Pachtsache in einem zum Gebrauch und zur Fruchtgewinnung geeigneten Zustande nicht genügen kann, so hat er für die Zeit der Entziehung auch keinen Anspruch auf den Pachtzins (periculum est locatoris, S. 475), so zB. wenn ein in der Niederung belegener Acker durch Übertritt des Flusses versandet und dadurch zur Bestellung untauglich wird. Trifft der Unglücksfall dagegen nicht die Möglichkeit der Fruchtgewinnung, sondern die Früchte, wird also zB. das stehende Getreide vor der Ernte durch eine Flutwelle oder Hagel vernichtet, so muß der Pächter nach BGB. dennoch den ganzen Pachtzins zahlen, ebenso natürlich im Fall einer Mißernte als Folge von Witterungsverhältnissen.

c. Pachtungsverbote.

Nach rR. waren den Dekurionen (I, 71), Geistlichen, Soldaten und kaiserlichen Hausbeamten Pachtungen verboten. Diese, dem röm. Verwaltungsrecht angehörenden Verbote sind in das Gemeine Recht, das ALR. und das BGB. nicht übergegangen.

Digitized by Google

handlung, welche der hauptsächliche Gegenstand der Pachtverträge, die Landgüterpacht, fordert, für die Pacht gewisse Sonderregeln ausgebildet. Dem folgt auch das BGB.

Nach BGB. § 581 Abs. 2 finden auf die Pacht grundsätzlich die Vorschriften über die Miete Anwendung.[2][3] Es sind jedoch Sondervorschriften teils für alle, teils für bestimmte Arten der Pacht gegeben, die sämtlich „dispositiver Natur" sind, d. h. nur mangels entgegenstehender Parteivereinbarung gelten.

a. Sondervorschriften für alle Pachtverträge.

1. Wie S. 462[8] erwähnt, unterscheiden sich Miete und Pacht begrifflich von einander: einmal durch ihren Gegenstand, indem sich die Miete nur auf eine (körperliche) Sache, die Pacht auch auf ein Recht beziehen kann, andererseits durch Art und Umfang des dem Nutzungsberechtigten zustehenden Nutzungsrechts, insofern der Vermieter dem Mieter nur den Gebrauch (das uti licere), der Verpächter dem Pächter aber außer dem Gebrauch auch den Genuß der Früchte,[4] soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft

---

[2]) Gegenstand der Pacht können also zB. sein: Äcker, Wiesen, Wälder, Ausbeutungsrechte (die aber vielfach eher als Kauf aufzufassen sind, S 376[4]), Aneignungsrechte (Jagd, Fischerei), Unternehmungen (Handelsgeschäft, HGB. § 22 Abs. 2, Gastwirtschaft, Theater, Hotelbetrieb), Rechte auf Erhebung von Zöllen (zB. der Chausseegelder; in Rom waren die vectigalia ein wichtiger Pachtgegenstand, I, 67[5]).

[3]) Auch hinsichtlich der Form, sodaß nur Grundstückspachtverträge auf mehr als ein Jahr der Schriftform bedürfen (§ 566, S. 462). Dagegen verlangte das ALR. I, 21 § 403 bei einem Pachtzinse von mehr als 600 Mk. jährlich gerichtlichen oder notariellen Abschluß.

[4]) Zuweilen wird durch einen einheitlichen Vertrag ein Gegenstand teils zum Gebrauche, teils auch zur Nutzung überlassen. Dann kommt es für die Entscheidung, ob Miete oder Pacht vorliegt, darauf an, ob der Gebrauch (zB. Überlassung eines Wohnhauses mit Obstgarten) oder die Nutzung (Überlassung eines Ritterguts mit Herrenhaus) nach der Absicht der Beteiligten im Vordergrunde steht.

Digitized by Google

als Ertrag[5]) anzusehen sind (das uti frui licere), gewähren muß (§ 581 Abs. 1).

Gemäß BGB. § 956 wird der Pächter Eigentümer der Früchte: sofern ihm der Besitz des Pachtgegenstands überlassen ist, mit der Trennung (Separation), sonst mit der Besitzergreifung Perzeption, (vgl. III, 301[3] und V, 351).

2. Von den für die Miete geltenden Kündigungsgründen fallen einige für die Pacht fort (§ 596):

α. Der Pächter kann wegen verweigerter Genehmigung zur Afterverpachtung (§ 549) und im Falle einer Versetzung (§ 570) nicht kündigen (§ 596 Abs. 1 und 3).

β. Der Verpächter ist nicht berechtigt, das Pachtverhältnis beim Tode des Pächters zu kündigen (§§ 596 Abs. 2, 569), weil der Pächter vielfach in den ersten Pachtjahren Aufwendungen auf die Pachtsache macht, die sich erst später bezahlt machen. Dagegen sind die Erben des Pächters, wie nach § 569 (S. 495) die Erben des Mieters, zur Kündigung berechtigt.

3. Hinsichtlich der Vorenthaltung des Pachtgegenstands nach Beendigung der Pacht gilt an Stelle des § 557 Satz 1 (S. 484) die Vorschrift, daß der Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nach dem Verhältnisse verlangen kann, in welchem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahrs stehen.

4. Bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechts ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahrs zulässig, d. h. des Vertragsjahrs. Ein Normalwirtschaftsjahr kennt das BGB., im Gegensatze zum ALR., nicht (III, 303[4]): Sie hat spätestens am ersten Werktage des halben

[5]) Der Pächter erhält also nicht alle Früchte, sondern nur die bei ordnungsmäßiger Wirtschaft als Ertrag anzusehenden, also zB. bei dem Pachtrecht an einer Forst nicht den gesamten Windbruch, trotzdem auch dieser im Sinne des § 99 BGB. Frucht ist (III, 300[1]).

Digitized by Google

Jahrs zu erfolgen, mit dessen Ablaufe die Pacht endigen soll, also am 27. Dezember, wenn das Pachtjahr am 25. Juni abläuft. Für die Pacht beweglicher Sachen gelten jedoch die im § 565 für die Miete gegebenen Vorschriften (S. 492).

b. Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke.

Für die Pacht landwirtschaftlicher, d. h. zum Ackerbau oder zur Viehzucht bestimmter Grundstücke (Äcker, Wiesen) — nicht zu verwechseln mit den unten zu besprechenden Landgütern —, giebt das BGB. die folgenden Sondervorschriften:

1. Der Pächter hat die gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere die der Wohn- und Wirtschaftsgebäude, der Wege, Gräben und Einfriedigungen auf seine Kosten zu bewirken (§ 582), während sonst der Vermieter und Verpächter die Unterhaltskosten zu tragen hat (§ 536, S. 467).

2. Der Pächter darf nicht ohne die Erlaubnis des Verpächters Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen, die auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind (§ 583).

3. Der nach Jahren bemessene Pachtzins ist nicht, wie bei der Miete (§ 551 Abs. 2, S. 475), vierteljährlich nach dem Kalender berechnet, sondern nach dem Ablaufe je eines Pachtjahrs am ersten Werktage des folgenden Jahrs zu enrichten (§ 584).

4. Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters (§ 585) eines landwirtschaftlichen Grundstücks geht in mehrfacher Beziehung über das sonstige Pfandrecht des Vermieters und Verpächters (S. 486 ff.) hinaus.

a. Zunächst kann dies Pfandrecht für den gesamten Pachtzins geltend gemacht werden, also auch, soweit er über das laufende und das folgende Pachtjahr hinausreicht (§ 559, S. 487), und Pfändungspfandgläubigern gegenüber auch hinsichtlich des über das letzte Jahr vor der

Digitized by Google

Pfändung zu entrichtenden Rückstands (§ 563, S. 487). Dies gilt auch im Konkurse, KO. § 49[2].

β. Ferner ergreift dies Pfandrecht auch die Früchte des Grundstücks, vorausgesetzt, daß sie bereits abgesondert und dadurch in das Eigentum des Pächters gelangt sind (§ 956, S. 506). Nach rR. hatte der Verpächter ein gesetzliches Pfandrecht nur an den Früchten, nicht auch — wie der Vermieter, S. 484 — an den invecta et illata (l. 7 pr. D. 20,2). Dagegen hatte er schon nach ALR., wie jetzt nach BGB., ein gesetzliches Pfandrecht, sowohl an den eingebrachten Sachen als an den Früchten (I, 21 § 395).

γ. Während ferner das sonstige gesetzliche Pfandrecht die unpfändbaren Sachen nicht mitergreift, erstreckt es sich hier auf die in CPO. § 811[4] (bisher 715[5]) der Pfändung nicht unterworfenen Sachen (Wirtschaftsgerät, Vieh, Dünger, landwirtschaftliche Erzeugnisse); vgl. die ähnliche Vorschrift in KO. § 1 Abs. 2 (I, 619[2]).

δ. Während der Mieter die gemietete Sache grundsätzlich in dem Zustande zurückgeben muß, in dem er sie empfangen hat (S. 483), ist der Pächter verpflichtet, das Grundstück nach der Beendigung der Pacht in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergiebt. Dies gilt insbesondere auch für die Bestellung (sog. Feldinventar, § 591). Hat der Pächter also das Grundstück verwahrlost übernommen, so muß er es dennoch in dem einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung entsprechenden Zustande zurückliefern; hat umgekehrt der Eigentümer oder der frühere Pächter kostspielige Versuche, zB. zur Urbarmachung von Moorboden, begonnen, so braucht der neue Pächter diese nicht fortzusetzen.

ε. Wie III, 303 dargelegt, folgt das BGB. im Gegensatze zum ALR. grundsätzlich dem römischen „Substantialprinzip", indem es dem Nutzungsberechtigten einer fremden Sache nur diejenigen natürlichen Früchte zuspricht, die während der Dauer seines Nutzungsrechts von der

Digitized by Google

Sache getrennt werden. Durch diese Vorschrift wird der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks dann nicht geschädigt, wenn seine Pacht mit Ablauf des Pachtjahrs endigt. Denn wenn das Pachtjahr vom 1. Juli bis 30. Juni läuft, so muß er bei seinem Abgange zwar die Ernte dem Nachfolger überlassen, er hat dafür aber bei seinem Antritte die Ernte des Vorgängers für sich gewonnen. Dagegen ist der Pächter dann geschädigt, wenn die Pacht im Lauf eines Pachtjahrs endet. Läuft das Pachtjahr bezüglich eines Ackers zB. vom 1. September zum 31. August, so hat der Pächter ihn unbestellt und ungedüngt übernommen. Wird er nun zum 1. Juli seiner Pacht aus irgend einem Grund entsetzt, so würde er die bis dahin aufgewandten Bestellungskosten verlieren und der Verpächter würde die Früchte erhalten. Deshalb hat der Verpächter nach § 592 die Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen.

c. Pacht eines Landguts.

Unter Landgut versteht das BGB. (III, 330[1]) solche dem Betriebe der Landwirtschaft (Ackerbau, Viehzucht, landwirtschaftliche Nebengewerbe, zB. Brennerei) gewidmete Grundstücke, welche ein wirtschaftliches Ganzes bilden (Staatsdomänen, Rittergüter, Bauerngüter, nicht aber einzelne Äcker, Wiesen, Wälder, Vorwerke).

Für die Landgüterpacht gelten einzelne Sondervorschriften.

1. Um das Landgut stets in bewirtschaftungsfähigem Zustande zu erhalten, bestimmt § 593, daß der Pächter eines Landguts von den bei der Beendigung der Pacht vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem Antritte der Pacht solche Erzeugnisse übernommen hat, so viel zurückzulassen hat, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich

Digitized by Google

ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden.

Soweit der Pächter landwirtschaftliche Erzeugnisse in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurückzulassen verpflichtet ist, als er bei dem Antritte der Pacht übernommen hat, kann er von dem Verpächter Ersatz des Werts verlangen. Den vorhandenen auf dem Gute gewonnenen Dünger hat der Pächter zurückzulassen, ohne daß er Ersatz des Werts verlangen kann.

2. Übernimmt der Pächter das Gut oder dessen Vorräte auf Grund einer Schätzung des wirtschaftlichen Zustands mit der Bestimmung, daß nach der Beendigung der Pacht die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer solchen Schätzung zu erfolgen hat, so muß der Verpächter bei der Rückgewähr den höheren Schätzungswert ersetzen und kann den geringeren erstattet verlangen, braucht aber solche wirtschaftlichen Vorteile nicht zu entgelten, die er als überflüssig oder als zu wertvoll ablehnt (§ 594).

3. Der Vormund bedarf zu einem Pachtvertrag über ein Landgut des Mündels der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1822[4], 1902).

d. Pacht eines Grundstücks mit Inventar.

Unter Inventar (instrumentum, im ALR. Beilaß) eines Grundstücks versteht das BGB. die zur Bewirtschaftung des Grundstücks bestimmten und mit ihm für diesen Zweck in eine dauernde thatsächliche Verbindung gebrachten beweglichen Sachen, zB. bei einem Theater die Kuliffen und Kostüme (sog. Fundus), bei einem Landgute die Wirtschaftsgegenstände (zB. Pflüge, Geschirre, Sä- und Dreschmaschinen, sog. totes Inventar) und den Viehbestand (Pferde, Rinder, Schweine, Schafe, sog. lebendes Inventar), bei einem Hotel die Einrichtungsgegenstände.

Wird nun ein Grundstück mit dem dazugehörenden Inventar (fundus instructus) verpachtet, so sind hinsichtlich des Inventars verschiedene Behandlungsarten möglich.

1. Das Inventar wird einfach mitverpachtet

Digitized by Google

(§ 586). Dann bleibt der Verpächter Eigentümer des Inventars, trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs und der Verschlechterung und hat die Pflicht der Erhaltung. Der Pächter hat jedoch den gewöhnlichen Abgang der zu dem Inventare gehörenden Tiere aus den Jungen insoweit zu ersetzen, als dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht (§ 586, sog. Summission) und hat die einzelnen Inventarstücke zu erhalten (also zB. die Kurkosten für ein erkranktes Pferd zu tragen). Der Pächter hat in diesem Falle kein Verfügungsrecht über die Inventarstücke.

2. Der Pächter übernimmt das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren (aestimatio taxationis causa). Auch in diesem Falle bleibt der Verpächter Eigentümer der übergebenen und wird Eigentümer der vom Pächter neu angeschafften Inventarstücke. Der Verpächter kann daher zB. intervenieren, wenn Inventarstücke von einem Gläubiger des Pächters gepfändet werden, und erhält das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar zurück. Aber der Pächter steht dem Verpächter freier gegenüber, als im Fall einfacher Verpachtung. Er kann nämlich über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen, und der Verpächter kann nicht wie im Fall 1 verlangen, daß er gerade so viele und so wertvolle Stücke jeder Art zurückerhält, als er hingegeben hat. Andererseits — und das ist der wichtigste Punkt einer derartigen Vereinbarung — trägt der Pächter die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des Inventars.[6])

---

[6]) Da bei dieser Gestaltung dem Pächter die Erhaltung des Inventars obliegt, so spricht man hierbei von einer Verpachtung mit „eisernem" Inventar.

Die Übergabe nutzungsfähiger Sachen, insbesondere von Vieh, zum Gebrauch und zur Nutzung kann übrigens auch unabhängig von einem Pachtvertrage vorkommen (sog. Viehverstellung, bail à cheptel), und hierbei kann auch vereinbart werden, daß die Gefahr vom Pächter zu tragen ist (sog. Eisernviehvertrag,

Digitized by Google

Bei der Beendigung der Pacht werden die vorhandenen Inventarstücke von neuem abgeschätzt. Der Verpächter kann die Übernahme derjenigen von dem Pächter angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken auf den Pächter über. Ist der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke höher oder niedriger als der Gesamtschätzungswert der zurückzugewährenden Stücke, so hat im ersteren Falle der Pächter dem Verpächter, im letzteren Falle der Verpächter dem Pächter den Mehrbetrag zu ersetzen (§§ 587—589). Sind also seit der Verpachtung die Preise allgemein gestiegen, so ist der Pächter, sind sie allgemein gefallen, der Verpächter im Vorteile.

Für beide Fälle der Verpachtung eines Grundstücks mit Inventar bestimmt § 590: „Dem Pächter eines Grundstücks steht für die Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu."

3. Bisweilen *kauft* der Pächter vom Verpächter oder von dem abgehenden Pächter das Inventar. Hier erfolgt die *aestimatio* also *venditionis causa*. Der Pächter ist Eigentümer des Inventars, der Verpächter hat daran wegen des Pachtzinses ein gesetzliches Pfandrecht, kann aber nicht verlangen, daß es der abziehende Pächter auf dem Grundstücke läßt.[7])

---

contractus socidae, „Eisern Vieh stirbt nie"); vgl. hierüber II, 505. Wegen der Vielgestaltigkeit der Viehverstellungsverträge hat sich das BGB. gesetzlicher Vorschriften darüber enthalten.

[7]) Ob die Schätzung des Inventars bei der Pachtübernahme lediglich zwecks Wertfeststellung (**taxationis causa**) oder zwecks Verkaufs (**venditionis causa**) erfolgt, ist nach BGB. durch die Auslegung zu entscheiden. Dagegen sprach nach rR. eine gesetzliche Vermutung für den Verkauf (l. 3 D. 19, 2: **Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur**), nach ALR. (I, 21 § 415) umgekehrt für bloße Wertfeststellung.

Digitized by Google

Vierter Titel. Leihe (BGB. §§ 598—606).

§ 125. Die Leihe.

a. Begriff.

Leihe (commodatum = commodo datum)[1]) ist die vertragsmäßige, unentgeltliche, zeitweilige Überlassung einer Sache zum Gebrauche.[2]) Der Abschluß des Leihver-

---

Die Fälle, in denen ein Pächter (oder Mieter) vom Verpächter vertretbare Sachen mit der Abrede übernimmt, daß nicht gerade die gleichen Sachen zurückzugeben sind, sondern **tantundem ejusdem generis** wurden gemeinrechtlich als **locatio conductio irregularis** bezeichnet.

[1]) Digestentitel 13, 6: **Commodati vel contra**; Codextitel 4, 23: **De commodato.** ALR. I, 21 Abschnitt 3: Von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen. 1. Leihevertrag (§§ 229—257).

Die beim Leihvertrage beteiligten Parteien werden gemeinrechtlich als **Kommodant** und **Kommodatar**, vom ALR. als **Verleiher** und **Leiher**, vom BGB. als **Verleiher** und **Entleiher** bezeichnet.

[2]) Die Römer kannten zwei Arten unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung: das **commodatum** und das **precarium**, die — wenigstens bis in die klassische Zeit — tiefgehende Unterschiede aufwiesen (Digestentitel 43, 26: **De precario**, Codextitel 8, 9: **De precario et de Salviano interdicto**).

a. Das **commodatum** war ein Realvertrag, das **precarium** ein rein thatsächliches Verhältnis, wobei jemand (**precario dans**) einem Anderen (**precario accipiens**, Prekarist) einen Gegenstand zum unentgeltlichen Gebrauch überließ, ohne sich aber irgendwie binden zu wollen; so war nach Niebuhr insbesondere das Verhältnis zwischen Patron und Klienten hinsichtlich des aus **ager publicus** gewährten Lehnguts, vgl. I, 105[4] und II, 32. Während der Kommodant daher verpflichtet war, die geliehene Sache dem Entleiher für bestimmte Zeit oder bis dieser einen bestimmten Gebrauch machen konnte, zu belassen, stand das **precario** Gegebene auf **beliebigen Widerruf** (l. 1 pr. D. 43, 26: **Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur**). Dies galt selbst dann, wenn dem Prekaristen die Belassung für eine bestimmte Zeit versprochen war (l. 12 pr. D. 43, 26).

b. War hiernach der **precario dans** nicht vertraglich gebunden, so zog das rR. daraus die Folgerung, daß auch umgekehrt der **precario accipiens** keine vertraglichen Pflichten hätte. Daher haftete der Prekarist nicht, wie der Kommodatar, für **omnis culpa**, sondern nur für **dolus**, dem erst in der Kaiserzeit — wie auch sonst, S. 120[2],

Digitized by Google

trags unterliegt nach BGB. keiner Form. Auch ein formloses Leihversprechen begründet die Verpflichtung zur Überlassung. Nach rR. wurde der Leihkontrakt dagegen als Realkontrakt (§ 2 J. 3, 14; l. 1 § 3 D. 44, 7) erst durch die Übergabe bindend (S. 192, 196); ein nicht in Stipulationsform abgeschlossenes pactum de commodando erzeugte als nudum pactum vor der Übergabe keine Verpflichtungen. Nach ALR. I, 21 § 233 bedurfte die Grundstücksleihe der Schriftform, sonst konnte der Verleiher jederzeit zurückfordern (Prekarium, Anm. 2).

Die Leihe unterscheidet sich:

1. von der Miete durch ihre Unentgeltlichkeit;[3])

— die culpa lata gleichgestellt wurde. Ferner stand dem precario dans auf Rückgabe der hingegebenen Sache keine Vertragsklage (wie dem Kommodanten die actio commodati directa) zu, sondern der Prätor gewährte ihm nur ein auf die bloße Thatsache der nach dem Widerruf unberechtigten Innehabung, nicht auf das Versprechen der Rückgabe, gegründetes interdictum de precario (l. 2 pr. D. 43, 26: Ait praetor: „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas"). Später gab man ihm auch eine condictio sine causa. An einigen Stellen (l. 2 § 2, l. 19 § 2 D. 43, 26) sprechen die Pandekten zwar von einer gegen den Prekaristen zustehenden actio praescriptis verbis, gleich als wäre das precarium zu einem Innominatkontrakte geworden (S. 194); die Echtheit dieser Stellen ist jedoch zu bezweifeln.

c. Während der Kommodatar nach rR. nur Innehabung (Detention) hatte, war der Prekarist „abgeleiteter" juristischer Besitzer (l. 4 § 1, l. 15 § 4 D. 43, 26), hatte also Besitzschutz aus eigenem Rechte, nur nicht gegen den precario dans (V, 34).

Das BGB hat (abweichend von ALR. I, 21 §§ 231—233) keine besonderen Vorschriften für die frei widerrufliche Leihe. Da die Belassung auf eine bestimmte oder aus dem Zwecke der Entleihung sich ergebende Zeit (§ 604) jedoch kein Begriffsmerkmal der Leihe ist (§ 604 Abs. 3, anders nach ALR. I, 21 § 230) so können die Parteien auch übereinkommen, daß der Verleiher (auch wenn keiner der in § 605, unten S. 518, aufgezählten Gründe vorliegt) zu jederzeitiger Rücknahme der Sache berechtigt sein soll. Das ist sogar fast stets die Absicht der Beteiligten bei den vielen Leihgeschäften des täglichen Lebens, die nur als „Gefälligkeiten" aufgefaßt werden (Leihe eines Buchs, Fahrrads, Wirtschaftsgegenstands).

[3]) Es ist also unrichtig, eine Bücherei, deren Inhaber einzelne Bände gegen Entgelt zum Lesen giebt, als „Leihbibliothek" zu bezeichnen; denn es liegt Miete vor, was besonders deshalb wichtig

Digitized by Google

2. vom zinslosen Darlehen (vgl. § 2 J. 3, 14) dadurch, daß hierbei das zum Gebrauche gegebene Kapital in das Eigentum des Darlehnsempfängers übergeht (der also auch die Gefahr trägt) und nur der Summe nach (in genere) zurückzuerstatten ist, während der geliehene Gegenstand selbst (in specie) zurückzugeben ist. Ein Darlehen ist daher auch nur an vertretbaren, ein Leihvertrag hinsichtlich aller (körperlichen) Sachen zulässig.[4]) Ob der Verleiher Eigentümer der verliehenen Sache ist, ist für die Rechtsbeständigkeit des Leihvertrags unerheblich (l. 15, 16 D. 13, 6).

Nach rR. blieb der Kommodant juristischer Besitzer, der Kommodatar erhielt nur Detention (l. 8 D. 13, 6).

---

ist, weil die besonderen Endigungsgründe (BGB. § 605, S. 518) nur den Leihvertrag betreffen („Mietbücherei").

Übrigens bildet nicht jede Gegenleistung des Entleihers einen die Annahme eines Leiheverhältnisses ausschließenden Entgelt, zB. wenn der Entleiher eines Pferdes sich verpflichtet, es täglich „bewegen" zu lassen.

Im einzelnen finden sich wegen der aus der Unentgeltlichkeit der Leihe sich ergebenden verschiedenartigen Bedeutung beider Verträge folgende Hauptunterschiede zwischen Miete und Leihe:

a. Die Miete ist ein **contractus bilateralis aequalis** (S. 164), die Leihe ein **contractus bilateralis inaequalis**.

b. Die Miete wirkt auch dritten Erwerbern der Mietsache gegenüber (S. 498); die Leihe erzeugt nur Pflichten unter den Parteien.

c. Der Vermieter haftet für jede (S. 469), der Verleiher nur für grobe Fahrlässigkeit.

d. Der Entleiher trägt die gewöhnlichen Unterhaltungskosten, nicht aber der Mieter (S. 468).

e. Der Entleiher eines Grundstücks hat wegen seiner Ersatzansprüche ein Zurückbehaltungsrecht (S. 162), nicht aber der Mieter eines Grundstücks (S. 474). Andererseits steht nur dem Vermieter, nicht auch dem Verleiher, eines Grundstücks ein gesetzliches Pfandrecht an den Invekten und Illaten zu (S. 484).

[4]) Die Leihe ist auch zulässig an vertretbaren Sachen (zB. Wertpapieren zwecks Kautionsbestellung) und selbst an verbrauchbaren Sachen, zB ich leihe einem Freunde zur Tafeldekoration („**ad pompam vel ostentationem**", l. 3 § 6 D. 13, 6) einen Baumkuchen, den ich geschenkt erhalten habe. Aber nach BGB. können nur Sachen, nicht wie nach ALR. I, 21 § 233 auch Rechte, Gegenstand der Leihe sein.

Digitized by Google

Nach ALR. war der Verleiher vollständiger, der Leiher unvollständiger Besitzer (ALR. I, 7 §§ 6, 7). Nach BGB. § 868 ist der Verleiher mittelbarer, der Entleiher unmittelbarer Besitzer (V, 50[14]).

b. Verpflichtungen des Verleihers (im rR. seitens des Kommodatars geltend gemacht mit der actio commodati contraria).

1. Der Verleiher muß dem Entleiher den unentgeltlichen Gebrauch der Sache während der vereinbarten oder sich aus dem Zwecke der Leihe ergebenden Zeit belassen[5]) (§§ 598, 604, unten S. 518). Dagegen kann der Entleiher die entliehene Sache jederzeit zurückgeben, sofern nicht nach der Art des Leihvertrags auch der Verleiher ein Interesse daran hat, daß der Entleiher die Sache eine gewisse Zeit hindurch behält, zB. weil ihm während dieser Zeit die Unterhaltskosten obliegen.

2. Wie nach bisherigem Rechte haftet der Verleiher nach BGB. § 599 nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (l. 18 § 2, l. 22 D. 13, 6; ALR. I, 21 § 257). Verschweigt er arglistig einen Mangel im Recht oder einen Fehler der verliehenen Sache, so ist er verpflichtet, dem Entleiher den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 600, ebenso l. 18 § 3, l. 22 D. 13, 6); so zB. wenn das verliehene rotzkranke Pferd die Pferde des Entleihers ansteckt, oder das entliehene Weinfaß durchlässig ist und der Verleiher den ihm bekannten Mangel im Bewußtsein, daß der Entleiher hierdurch zu Schaden kommen kann, verschweigt.

3 Der Verleiher hat die Verwendungen des Entleihers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen, abgesehen von den dem Entleiher zur Last fallenden, gewöhnlichen Erhaltungskosten („modica impendia", l. 18 § 2 D. 13, 6). Der Entleiher ist be-

[5]) Nicht wie bei der Miete „gewähren". Daher steht der Verleiher nicht dafür ein, daß dem Entleiher die Sache nicht entwehrt werde oder daß sie gebrauchsfähig sei. Aber der Verleiher selbst darf den Gebrauch nicht durch eigene Verfügungen über die Sache hindern oder schmälern.

Digitized by Google

rechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen (§ 601 Abs. 2).

c. Verpflichtungen des Entleihers (im rR. seitens des Kommodanten geltend gemacht mit der actio commodati directa).

1. Der Entleiher hat die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache, bei der Leihe eines Tiers insbesondere die Fütterungskosten, zu tragen (§ 601 Abs. 1, ebenso l. 18 § 2 D. 13, 6 und ALR. I, 21 § 241).

2. Der Entleiher haftet für jedes Versehen (§ 276, S. 126) und sogar für zufälligen Schaden, sofern dessen Einwirkung durch vertragswidrigen Gebrauch ermöglicht wurde (vgl. l. 18 pr. D. 13, 6) oder während eines Verzugs eintrat (BGB. §§ 280 ff., 287). Dagegen hat er Veränderungen oder Verschlechterungen der geliehenen Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten (§ 602, ebenso l. 23 D. 13, 6).[6])

3. Der Entleiher darf von der geliehenen Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen. Er ist ohne die Erlaubnis des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen (§ 603).

4. Der Entleiher muß die Sache — und zwar, da er nur ein Gebrauchs-, nicht ein Nutzungsrecht hat, mit allen etwaigen Vermehrungen, l. 38 § 10 D. 22, 1 — nach Ablauf der bestimmten Zeit, und falls eine solche nicht bestimmt ist, dann zurückgeben, wenn er den sich aus dem Zwecke der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht hat (Examensfrack) oder soviel Zeit verstrichen ist, daß der Entleiher den Gebrauch hätte machen können. Ist die Dauer der Leihe

---

[6]) Nicht aufgenommen ist die Vorschrift der l. 5 § 4 D. 13, 6 (ebenso ALR. I, 21 § 250), daß der Entleiher bei einer die geliehenen und die eigenen Sachen des Entleihers treffenden gemeinsamen Gefahr die Leihsachen zuerst retten muß. Das BGB. überläßt es dem Richter, nach den Umständen des Falls zu entscheiden, ob in dem Hintansetzen der fremden Sache ein den Entleiher verantwortlich machendes Verschulden liegt.

Digitized by Google

weder bestimmt noch aus dem Zwecke zu entnehmen, so kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern. Überläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten, so kann der Verleiher sie nach der Beendigung der Leihe auch von dem Dritten zurückfordern (§ 604). Regelmäßig wird der Sinn des Leihvertrags dahin gehen, daß der Entleiher dem Verleiher die Sache zurückbringen müsse (S. 89).

Da die Leihe aber einerseits dem Verleiher keinen Vorteil bringt, andererseits auf dem Vertrauen in die Person des Entleihers beruht (vgl. die lehrreiche l. 17 § 3 D. 13, 6), so ist der Verleiher beim Vorliegen gewisser Umstände zur Kündigung der Leihe ohne Einhaltung einer Frist, d. h. zur Rückforderung der verliehenen Sache vor Ablauf der bestimmten oder sich aus dem Zwecke der Leihe ergebenden Frist befugt (§ 605), nämlich:

α. wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstands der verliehenen Sache selbst bedarf;

β. wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht, insbesondere unbefugt den Gebrauch einem Dritten überläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet;

γ. wenn der Entleiher stirbt; dagegen ist der Tod des Verleihers bedeutungslos.

d. Verjährung.

Die Ersatzansprüche des Verleihers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der verliehenen Sache, sowie die Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten, wie bei der Miete (§§ 606, 558, S. 480). Dagegen verjährt der Anspruch auf Rückgabe in der gewöhnlichen Zeit von 30 Jahren.

Digitized by Google

Fünfter Titel. Darlehen (BGB. §§ 607—610).

§ 126. Begriff des Darlehens.

Darlehen[1]) ist ein Vertrag[2]), wobei jemand (Darleiher, Gläubiger) einem Anderen (Darlehnsempfänger, Schuldner) Geld oder andere vertretbare Sachen unter der Verpflichtung zu Eigentum übergiebt, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Aus dieser, dem § 607 Abs. 1 BGB. entnommenen Begriffsbestimmung ergeben sich folgende begriffliche Merkmale des Darlehens.

a. Hingabe vertretbarer Sachen.

1. Hingabe.

α. Nach rR. war der Darlehnsvertrag ein „benannter Realkontrakt“[3]) (S. 192). Das bedeutete, daß erst die

---

[1]) Digestentitel 12, 1: De rebus creditis si certum petetur et de condictione; Codextitel, 4, 1: De rebus creditis et de jurejurando; 4, 2: Si certum petatur. ALR. I, 11 Abschnitt 7: Vom Darlehnsvertrage (§§ 653—868).

[2]) Wie S. 193 dargelegt, war nach klassischem rR. das mutuum (angeblich daraus herzuleiten: „quod ex meo tuum fit“, pr. J. 3, 14, l. 2 § 2 D. 12, 1) ein Vertrag, aus dem lediglich ein Anspruch des Darleihers auf Rückgabe entsprang. Dieser Anspruch wurde bei Gelddarlehen mit einer condictio certi (actio mutui), bei Darlehen in anderen vertretbaren Sachen mit einer condictio triticaria (von triticum, Getreide, dem Hauptgegenstande der Darlehnsverträge außer Geld) geltend gemacht. Weil sich die condictio certi nur auf die Darlehnssumme selbst erstreckte, mußte ein Zinsversprechen, um klagbar zu werden, in Stipulationsform versprochen werden, vgl. unten S. 530.

Das mutuum ist eine Rechtseinrichtung des jus gentium. Das Darlehnsgeschäft des jus civile war das in klassischer Zeit veraltete nexum; vgl. hierüber I, 164.

[3]) Obgleich — wie S. 196 und oben im Text ausgeführt — die römischrechtliche Scheidung der klagbaren Verträge in Konsensual-, benannte Real- und Innominatkontrakte schon für das Gemeine Recht keine praktische Bedeutung mehr hatte, pflegte man bisher in den systematischen Darstellungen diese Vertragsgruppen doch zusammenzustellen. Das BGB. hat mit dieser Übung gebrochen. Zwar stehen von den ehemaligen vier benannten Realkontrakten (mutuum, depositum, commodatum, pignus) Leihe und Darlehen zufällig hintereinander. Die Verwahrung dagegen ist der Geschäftsführung

Digitized by Google

Ausantwortung der Darlehnssumme den Darlehnsvertrag zur Entstehung brachte. Auch wenn eine Vereinbarung über Hingabe eines Darlehens (pactum de mutuo dando, S. 530) vorausgegangen war, galt die Auszahlung als erfolgt nicht solvendi causa (zur Erfüllung dieses Vorvertrags), sondern obligandi causa (als ein den Darlehnsvertrag erst zur Entstehung bringender Umstand); vgl. III, 507.

Für das moderne Recht und so auch für das BGB. wird der Darlehnsvertrag geschlossen durch die Einigung der Parteien. Die Hingabe des Darlehnsbetrags ist niemals Begründungsform, sondern stets nur Erfüllung des Darlehnsvertrags,[4]) wenngleich Abschluß (Schuldvertrag) und Erfüllung des Vertrags durch die Hingabe (dinglicher Vertrag) — wie übrigens auch beim Handkaufe, S. 406[2], und der Handschenkung, S. 450 — häufig zusammenfallen. Nur insofern hat die Hingabe (res) für das Darlehen noch eine besondere Bedeutung, als zur Begründung des Rückzahlungsanspruchs die Behauptung (und beim Bestreiten des Beklagten, ein Darlehen empfangen zu haben, der Beweis) gehört, daß die Hingabe erfolgt ist. Im Gegensatze zu den auf einen gegenseitigen Vertrag gestützten Klagen (S. 210) ist daher eine Darlehnsklage nur schlüssig und

---

ohne Auftrag angeschlossen (§§ 688 ff.), und der Verpfändungsvertrag (pignus) ist als Schuldvertrag überhaupt keinen Sondervorschriften unterstellt. Von den vier Konsensualkontrakten (emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum) sind Kauf und Sachmiete (locatio conductio rei), durch die Schenkung getrennt, an den Anfang des „Besonderen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse" (Abschnitt 7) gestellt, Dienst- und Werkvertrag (locatio conductio operarum und operis) sind dem Darlehen angeschlossen, die Gesellschaft ist in den 14., der Auftrag in den 10. Titel verwiesen. Irgend ein System ist im Abschnitt 7 überhaupt nicht zu erkennen.

[4]) Wenn also z.B. A. dem Hypothekenmakler B. eine Provision von 1 % für Beschaffung einer Hypothek (d. h. eines Darlehens gegen hypothekarische Sicherheit) auf A's Haus verspricht, so ist B.s Provision mit Abschluß des Vorvertrags (pactum de mutuo dando) fällig, nicht durch die Auszahlung bedingt. Ferner behält B. seine Provision auch dann, wenn der Darlehnsgeber wegen Verschlechterung der Vermögenslage des A. nach Abschluß des Vertrags gemäß BGB. § 610 (S. 532) zurücktritt; vgl. unten § 139c.

Digitized by Google

zB. genügende Grundlage eines Versäumnisurteils, wenn sie die Behauptung der erfolgten Hingabe der Darlehnssumme enthält. Das hierin liegende „realkontraktliche Moment" ist aber nichts dem Darlehen oder den Realkontrakten des rR. eigentümliches, sondern tritt bei allen Ansprüchen auf Rückgabe (Miete, Leihe, Verwahrung) hervor. Denn die Rückgabe setzt begrifflich Hingabe voraus.

β. Die für das Darlehen begrifflich erforderliche Hingabe vertretbarer Sachen bedeutet Eigentumsverschaffung an den übergebenen Gegenständen.[5]) Durch eine Ausantwortung, auf Grund deren das Eigentum der übergebenen Gegenstände nicht an den Empfänger übergeht,

---

[5]) Das Darlehen unterscheidet sich hierdurch von der Verwahrung, Leihe und Miete. Denn bei diesen Verträgen bleibt das Hingegebene im Eigentume des Gebers, während es beim Darlehen Eigentum des Empfängers wird, weshalb hier die Rückerstattung **in genere**, bei jenen Verträgen **in specie** erfolgt; vgl. l. 2 pr. D. 12, 1: **Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus.** Da nun eine Rückerstattung **in genere** nur bei vertretbaren Sachen denkbar ist, so liegt ein fernerer Unterschied des Darlehens von den eingangs erwähnten Verträgen darin, daß nur diese auch unvertretbare Sachen zum Gegenstande haben können. Nun kommt es allerdings auch vor, daß bei der Verwahrung, Leihe oder Miete vertretbarer Sachen vereinbart wird, die Rückgabe des Hingegebenen könne auch durch andere Stücke als die empfangenen bewirkt werden (sog. irreguläre Verwahrung, Leihe oder Miete; besonders häufig ist das **depositum irregulare**, unten § 144). Dann fällt allerdings das eingangs erwähnte Unterscheidungsmerkmal fort; denn regelmäßig wird es bei derartigen Verträgen die Absicht der Parteien sein, Eigentum und Gefahr des Hingegebenen sogleich mit der Hingabe auf den Empfänger zu übertragen. Ein begrifflicher Unterschied zB. zwischen **depositum irregulare** und Darlehen ist jedoch auch in diesem Falle noch vorhanden, insofern ersteres vorliegt, wenn die Hingabe wesentlich im Interesse des Gebers, letzteres, wenn sie wesentlich im Interesse des Empfängers erfolgt ist. Auch das BGB. kennt noch einen Unterschied zwischen **depositum irregulare** und Darlehen; denn nach § 700 finden zwar auf das **depositum irregulare** die Vorschriften über das Darlehen Anwendung, jedoch mit Ausnahme der Vorschriften über Zeit und Ort der Rückgabe. Insofern ist die begriffliche Unterscheidung also auch nach BGB. noch von Bedeutung. Es kann zB. beim **depositum irregulare** der Hinterleger das Hinterlegte sofort zurückfordern (§ 695), während, wenn

Digitized by Google

wird die Verpflichtung des Darleihers aus dem pactum de mutuo dando nicht erfüllt und die Rückgabeverpflichtung des Empfängers, sowie dessen etwaige Verpflichtung zur Verzinsung nach Maßgabe des Darlehnsvertrags, nicht begründet.

a. Grundsätzlich muß hiernach der Darleiher Eigentümer der zum Darlehen gegebenen Gegenstände und darüber zur Verfügung befugt sein (l. 2 § 4, l. 16 D. 12, 1). Anderenfalls konnte er nach rR. nicht mit der condictio mutui klagen (l. 2 § 2 D. 12, 1), sondern er mußte das Hingegebene kondizieren (l. 11 § 2 D. 12, 1), und ein etwa für das Darlehen gestellter Bürge haftete nicht (l. 56 § 2 D. 46, 1). Hatte der Empfänger jedoch das Eigentum des Empfangenen nachträglich erworben, insbesondere das Empfangene redlich verbraucht, zB. durch Ausgabe der empfangenen Geldstücke, so gewährte das rR. dem Darleiher eine besondere (in neuerer Zeit so genannte) condictio de bene depensis (§ 2 J. 2, 8, l. 11 § 2, l. 12, 13 D. 12, 1); hatte der Empfänger es unredlich verbraucht, so konnte der Verleiher gegen ihn mit einer actio ad exhibendum (I, 291) oder der actio furtiva vorgehen.

b. Das BGB. enthält hierüber keine Vorschriften. Nach §§ 929 ff. wird der redliche Empfänger regelmäßig auch dann Eigentümer der als Darlehen übergebenen Sachen, wenn der Veräußerer nicht deren Eigentümer ist. Soweit dies nicht eintritt, ist der Darlehnsvertrag nicht wirksam; es wird also zB. auch ein hierfür gestellter Bürge nicht verpflichtet. Die Beziehungen zwischen dem Darleiher fremder Sachen, dem Empfänger und dem dritten Eigentümer richten sich nach den Vorschriften über den Eigentumsanspruch und die ungerechtfertigte Bereicherung.

γ. Nach älterem rR. entstand ein Darlehnsvertrag nur durch unmittelbare Überführung der zum Dar-

---

das Geschäft als Darlehen aufgefaßt ist, Kündigung erforderlich ist, und ferner muß der Hinterleger das Hinterlegte vom Orte der Hinterlegung abholen (§ 697), während der Darlehensgläubiger, wenigstens bei dem praktisch allein in Frage kommenden Geldbarlehen, Übersendung beanspruchen kann (§ 270, S. 90).

Digitized by Google

lehen bestimmten vertretbaren Sachen aus dem Eigentume des Darleihers in das des Empfängers, sodaß „nummi qui mei erant, tui fiunt“ (Afrikanus in l. 34 pr. D. 17, 1). Im späteren rR. wurden aber auch verschiedene Fälle bloß mittelbarer Eigentumsübertragung als genügend anerkannt. Ein Darlehen sollte nämlich auch entstehen, wenn der Darleiher:

a. dem Darlehnsempfänger eine Sache nicht zu Eigentum,[6]) sondern mit der Weisung übergiebt, daß er sie veräußern und den Erlös als Darlehen behalten solle (l. 11 pr. D. 12, 1, sog. contractus mohatrae, ein im Mittelalter aus dem Arabischen entnommenes Wort, auch barata genannt, vgl. S. 524);

b. dem Darlehnsempfänger Sachen zu einem Schätzungspreise zu Eigentum übergiebt mit der Abrede, daß dieser Preis als Darlehnsbetrag geschuldet werde (l. 11 pr. D. 12, 1, l. 8 C. 4, 2);

c. seinen Schuldner anweist, die schuldige Zahlung an den Darlehnsempfänger zu leisten;

d. mit seinem Schuldner übereinkommt, daß dieser die aus irgend einem Rechtsgrunde (Kauf, Miete, Schenkungsversprechen) geschuldete Leistung vertretbarer Sachen als Darlehen behalten soll (l. 15 D. 12, 1). Über die Hingabe eines Darlehens in fremdem Namen (Fall unmittelbarer Stellvertretung nach rR.) vgl. III, 548, über die condictio Juventiana (kein Zustandekommen des Darlehnsvertrags bei Irrtum des Empfängers über die Person des Gebers) III, 430[12].

Nach BGB. ist es ebenfalls unerheblich, ob die als Darlehen bestimmte Summe dem Empfänger unmittelbar oder mittelbar auf einem der vorstehend geschilderten Wege zukommt. Das BGB. spricht dies ausdrücklich jedoch nur bezüglich des Falls d. aus (§ 607 Abs. 2): „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das

[6]) Also dergestalt, daß der Darlehnsgeber bis zur Veräußerung auch die Gefahr trägt, vgl. l. 11 pr. D. 12, 1.

Digitized by Google

Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen" (vgl. hierüber S. 250[7]). In den Fällen a. und b. wird vielfach verschleierter Wucher vorliegen (A. übergiebt dem B. Brillanten im Werte von 1000 Mk. zum Schätzungspreise von 2000 Mk.). Hier greift die allgemeine Vorschrift des § 138 BGB. ein (II, 507[5], III, 488). Das BGB. enthält aber keine besonderen Vorschriften, wie ALR. I, 11 §§ 715—717, wonach ein solches Geschäft kein Darlehen begründen, sondern den Empfänger nur zur Rückgabe der Ware oder zum Ersatz ihres Werts zur Zeit des Empfangs verpflichten sollte. Der Fall c. liegt zB. vor, wenn der Darleiher — was heute zumal bei größeren Darlehen sehr üblich ist — dem Empfänger statt baren Geldes einen „Check" (Anweisung auf sein Guthaben bei seinem Bankier) einhändigt, oder die Zuschreibung auf dessen Girokonto veranlaßt (S. 294[88]), oder ihm einen von einem Dritten angenommenen Wechsel indossiert. Üblich ist auch die Verschaffung eines Darlehens durch ein „Gefälligkeitsaccept" (S. 366[13]).

2. Gegenstand des Darlehens.

Wie schon S. 519 erwähnt, erfordert das Darlehen begrifflich als Gegenstand vertretbare Sachen. Auch beim contractus mohatrae (S. 523) ist nicht die zum Verkaufe gegebene Sache, sondern deren Erlös Darlehnsgegenstand. Praktische Bedeutung hat heute ausschließlich das Darlehen in Geld oder Wertpapieren. In Rom war auch das Getreidedarlehen üblich, wie die Bezeichnung condictio triticaria für den Rückforderungsanspruch aller nicht in Geld gewährten Darlehen zeigt.[7])

[7]) Vgl. l. 1 § 2 D. 44, 7: **Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitatis.**

Das ALR. I, 11 §§ 653, 853 unterschied eigentliche Darlehen (Geld oder geldwerte an jeden Inhaber zahlbare Instrumente) und uneigentliche Darlehen (sonstige vertretbare Sachen) und gab für letztere einzelne besondere Vorschriften.

Digitized by Google

Ist ein Darlehen in Wertpapieren gegeben, so sind Wertpapiere gleicher Art und in gleichem Nennwerte wiederzugeben (sodaß eine etwaige Kursveränderung auf Rechnung des Darleihers geht), es sei denn, daß die Wertpapiere lediglich die Stelle baren Geldes vertreten (zB. bei Hingabe von Reichsanleihe zum Kurswert). Ist die Rückerstattung geliehener Wertpapiere objektiv unmöglich, zB. weil diese inzwischen von dem Ausgeber eingezogen sind, so ist der Darlehnsempfänger von der Rückgabeverpflichtung gemäß § 275 BGB. befreit (S. 107), haftet aber natürlich aus der ungerechtfertigten Bereicherung, die sich (vgl. ALR. I, 11 § 795) regelmäßig auf den Kurswert zur Zeit der Hingabe beziffern wird.

b. Hingabe zwecks Rückgabe.

Ein Darlehen liegt nur vor, wenn die Hingabe vertretbarer Sachen mit der Bestimmung der Rückgabe (in genere, S. 515) erfolgt. Dadurch unterscheidet sich Darlehen einerseits von der Schenkung, andererseits von der Gewährung von Vorschüssen auf zu liefernde Sachen (zB. Getreidehändler A. kauft vom Gutsbesitzer B. im April B.s Roggen nächster Ernte und giebt ihm hierauf Vorschuß) oder zu leistende Dienste (zB. Schauspieldirektor A. giebt seinem Schauspieler B. auf dessen am 1. Oktober fällige Gage am 15. September Vorschuß).

Das Darlehen ist das eigentliche Kreditgeschäft S. 3[4]). Da mit der Hingabe die als Darlehen gegebenen vertretbaren Sachen in das Eigentum des Empfängers treten, so hat im Konkurse des Empfängers der Geber selbst dann kein Aussonderungsrecht (I, 620), wenn die als Darlehen gegebenen Sachen (Geldrollen, Banknoten) noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden sind; vielmehr ist er auf die Geltendmachung seines Rückforderungsanspruchs als gewöhnlicher Konkursgläubiger angewiesen.

Unerheblich ist es nach BGB. für die Rechtsbeständigkeit des Darlehnsvertrags, zu welchem Zwecke der Empfänger das Darlehen „aufgenommen" hat. Insbesondere

Digitized by Google

hat das BGB. die Bestimmungen des ALR. nicht übernommen, daß ausdrücklich zum Spielen, zum Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlusts verlangte und geliehene Gelder nicht gerichtlich eingeklagt werden können (I, 11 § 581), sowie daß Gelder, welche jemandem zu einem verbotenen Zwecke wissentlich gegeben werden, dem Fiskus anheimfallen (I, 11 § 714; vgl. III, 200[4]).

§ 127. Darlehnsfähigkeit.

Die Hingabe eines Darlehens hat die Bedeutung einer Vermögensentäußerung, die Empfangnahme vertretbarer Sachen als Darlehen wegen der daraus erwachsenden Pflichten die eines Verpflichtungsgeschäfts. Aktiv und passiv darlehnsfähig (fähig ein Darlehen zu gewähren oder aufzunehmen) ist deshalb nur, wer überhaupt entäußerungs- und verpflichtungsfähig ist (III, 145 und oben S. 521). Wegen der wirtschaftlich gefährlichen Natur des Darlehens hat das bisherige Recht jedoch die Fähigkeit gewisser Gattungen von im übrigen verpflichtungsfähigen Personen zur Aufnahme von Darlehen noch besonderen Beschränkungen unterworfen. Diese Sondervorschriften sind hier zu besprechen.

a. Darlehnsunfähigkeit großjähriger Hauskinder (S. C. Macedonianum).

1. Römisches Recht.

Großjährige Hauskinder waren nach rR. bis in die erste Kaiserzeit unbeschränkt verpflichtungs-, daher auch darlehnsfähig, ohne der Zustimmung ihres Gewalthabers zu bedürfen. Durch ein unter Vespasian — infolge eines Einzelfalls,[1]) also wie man heute sagen würde als

[1]) Der von Wucherern mit Schuldhaft (I, 533) bedrohte Hassohn Macedo soll seinen Vater ermordet haben; vgl. l. 1 pr. D. 14, 6: Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur,

Digitized by Google

„Gelegenheitsgesetz" — erlassenes S. C. Macedonianum wurde jedoch bestimmt, daß durch Hingabe eines Darlehens an ein selbst großjähriges Hauskind nur eine Naturalobligation (S. 171[3]) entstehen sollte, dergestalt, daß das freiwillig Gezahlte zwar nicht zurückgefordert, andererseits aber die Rückzahlung des Darlehens auf dem Prozeßwege nicht erzwungen werden sollte. Vielmehr sollte das auf Rückzahlung verklagte Hauskind (ebenso auch sein Erbe, l. 7 § 10 D. 14, 6, und sein Bürge, falls er ein Regreßrecht gegen das Kind hat, l. 9 § 3 D. 14, 6) der Klage eine exceptio S. C. Macedoniani entgegenstellen dürfen und zwar selbst dann, wenn es erst verklagt wurde, nachdem es hausunabhängig (sui juris) geworden war. Doch bezog sich das S. C. Macedonianum nur auf Darlehen in barem Geld, es sei denn, daß „in fraudem legis" ein contractus mohatrae geschlossen war (l. 7 § 3 D. 14, 6), nicht auf sonstiges Kreditieren (l. 3 § 3 D. 14, 6), und war auch bei Geldbarlehen unanwendbar („cessat S. C."):

α. bei — auch nur stillschweigender — Zustimmung des pater familias (l. 7 § 15, l. 12, 16 D. 14, 6);

β. bei Aufnahme oder Verwendung des Darlehens zum Vorteile des Vaters (versio in rem patris), zB. wenn der Vater seinem auswärts studierenden Sohne den „Wechsel" nicht rechtzeitig schickt (l. 7 § 15, l. 12, 16 D. 14, 6);

γ. wenn der Darlehnsgläubiger das Hauskind aus entschuldbarem Irrtume für sui juris hielt (l. 3 pr. 19, D. 14, 6);

δ. wenn der Darlehnsempfänger ein peculium castrense oder quasi castrense (II, 718) hat, soweit dieses

---

incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri." Digestentitel 14, 6: De SC. Macedoniano; Codextitel 4, 28: Ad SC. Macedonianum.

Schon Claudius „lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fenori darent" (Tacitus ann. 11, 13).

Digitized by Google

reicht (l. 1 § 3, l. 2 D. 14, 6) oder Soldat war (l. 7 § 1 C. 4, 28);

ε. wenn der Gläubiger minderjährig war (ut magis aetatis ratio, quam SCti, habeatur, l. 11 § 7 D. 4, 4), es sei denn, daß auch der Darlehnsempfänger minderjährig war (dann heißt es in l. 34 pr. D. 4, 4: melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit);

ζ. wenn das Hauskind, nachdem es sui juris geworden, die Darlehnsschuld ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch teilweise Rückzahlung) anerkannte (l. 2 C. 4, 28).

2. Spätere Entwickelung.

Die Vorschriften des S. C. Macedonianum sind Gemeines Recht geworden. Dagegen haben — vom ALR. abgesehen — sämtliche neueren Gesetzgebungen die Sondervorschriften über die Darlehnsunfähigkeit großjähriger Hauskinder beseitigt. Auch das ALR. enthielt keine Sondervorschriften über die Darlehnsunfähigkeit großjähriger Hauskinder, aber nur deshalb, weil die letzteren überhaupt nicht selbständig verpflichtungsfähig waren (II, 720[17]). Was also im Gemeinen Rechte Sondervorschrift für das Darlehen war, war im ALR. allgemeine Regel geworden.

Nach BGB. giebt es überhaupt keine „großjährigen Hauskinder" mehr. Denn die elterliche Gewalt endigt mit der Volljährigkeit der Kinder (BGB. § 1626, II, 719[16]). Folglich ist auch von einer Beschränkung der Darlehnsfähigkeit (wie nach Gem. R.) oder der Verpflichtungsfähigkeit überhaupt (wie nach ALR.) volljähriger Hauskinder keine Rede mehr.[2])

b. Sonstige Fälle.

1. Gemeines Recht.

Nach l. 27 D. 12, 1 und Nov. 120 c. 6 § 3 hafteten juristische Personen öffentlichen Rechts (Stadtgemeinden,

[2]) Für minderjährige Hauskinder und Bevormundete vgl. die Vorschrift der §§ 1643, 1822[8], wonach zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels der Gewalthaber (Vater, Mutter, Vormund, Pfleger) der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Digitized by Google

Kirchen) aus den von ihren Vorstehern aufgenommenen Darlehen nur, wenn das Geld nachweislich für die juristischen Personen verwendet ist; „alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur“ (vgl. III, 183[6]). Ob diese Vorschrift gemeinrechtlich Bedeutung hatte, ist zweifelhaft. Jedenfalls wird nach BGB. — wie schon nach ALR. — jede Körperschaft durch die von ihrem gesetzlichen Vertreter rechtsgültig[3]) aufgenommenen Darlehen unmittelbar verpflichtet.

2. Allgemeines Landrecht.

α. Nach ALR. I, 11 § 676 soll aus Darlehen von Prinzen und Prinzessinnen, welche durch Geburt oder Heirat zum Königlich Preußischen Hause gehören, bei den preußischen Gerichten keine Klage angenommen werden, solange die Einwilligung des regierenden Oberhaupts nicht hinzugekommen ist. Es handelt sich hierbei um eine (dem bürgerlichen Recht angehörige) Herabdrückung derartiger „unkonsentierter“ Darlehen zu bloßen Naturalobligationen, nicht aber um eine prozessuale Beschränkung des Rechtswegs. Daher ist diese Vorschrift nicht beseitigt durch § 5 EGCPO., wonach für vermögensrechtliche Ansprüche Dritter gegen Mitglieder der landesherrlichen Familien die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Einwilligung des Landesherrn nicht abhängig gemacht werden darf. Da ferner nach EGBGB. Art. 57 die Vorschriften des BGB. auf die Mitglieder der landesherrlichen Familien nur insoweit Anwendung finden, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten, so ist § 676 I, 11 auch nach dem 1. Januar 1900 noch anwendbar geblieben (so auch AGBGB. Art. 89[1]).

β. Nach ALR. I, 11 §§ 678 ff. sollten Darlehen an Subalternoffiziere (Leutnants, Oberleutnants) nur mit Genehmigung des Regimentsbefehlshabers, Darlehen

[3]) Dazu gehört bei den von Körperschaften öffentlichen Rechts aufgenommenen Darlehen (Anleihen, S. 541) regelmäßig die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Digitized by Google

an Unteroffiziere und Gemeine sowie an deren Frauen nur mit Genehmigung des Kompagniechefs gültig sein, soweit es sich nicht um Darlehen gegen Verpfändung unbeweglicher Sachen handelt. Andere unkonsentierte Darlehen sollten „null und nichtig" sein (I, 11 § 684), und der Rückforderungsanspruch sollte (aber nur bei Darlehen an Offiziere) dem Fiskus zufallen. Nach der Praxis wurde jedoch der Anspruch des Fiskus durch freiwillige Rückzahlung beseitigt; ferner wurde das Darlehen durch Anerkenntnis des Offiziers nach Ausscheiden aus dem Militärdienste gültig.

Das BGB. hat alle diese Vorschriften beseitigt.

γ. Nach ALR. I, 11 §§ 704 ff. sollten Personen, welche bei den Kgl. Sing- und Schauspielen oder bei der Hofkapelle angestellt sind, aufgenommener Darlehen wegen gerichtlich nicht belangt werden. Sie waren also darlehnsfähig; es handelte sich vielmehr nur um eine zeitweilige Unzulässigkeit des Rechtswegs. Die Vorschrift bezweckte, die gedachten Personen im Interesse ihres Dienstes der zur Zeit der Erlassung des ALR. noch zulässigen Schuldhaft zu entziehen.

Das BGB. hat auch diese veraltete Vorschrift beseitigt.

§ 128. Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag.

a. Allgemeines.

Nach rR. war das Darlehen, wie S. 519[2] bemerkt, ein streng einseitig verpflichtender Vertrag, der nur durch die reale Hingabe des Darlehens entstand und ausschließlich die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe des Darlehnsbetrags selbst (nicht auch zur Leistung von vereinbarten oder Verzugszinsen oder zum sonstigen Schadensersatz) erzeugte.[1]) Das pactum de mutuo dando war als

[1]) Die condictio mutui war also eine stricti juris actio (I, 286). Bei der condictio triticaria (S. 519[2]) hatte der judex wegen der erforderlichen Schätzung in Geld allerdings die Möglichkeit einer gewissen Berücksichtigung des Interesses. Beim Gelddarlehen (condictio certi) war in klassischer Zeit der auf Rückzahlung Belangte, der es bis zum Urteile kommen ließ, an Stelle der ihm nicht zuzusprechenden Verzugszinsen, zu einer Strafe in Höhe von 1/3 der Klagesumme zu verurteilen.

Digitized by Google

solches eine bloße unklagbare Vorbesprechung. Freilich konnte es in Stipulationsform eingekleidet und dadurch klagbar gemacht werden, dergestalt, daß der Darlehnsempfänger sich die Darlehnsgewährung und der Darlehnsgeber sich die Abnahme des Geldes als Darlehen vom Gegner ausbedang („stipulierte"). Aber auch dann entstanden nur zwei von einander unabhängige, streng einseitige Verträge, die ihrerseits wieder von dem eigentlichen, erst durch das zur Erfüllung dieser Verbalobligationen Gegebene und Angenommene zur Entstehung gelangten Darlehen unabhängig waren.

Nach modernem Recht ist das Verhältnis des Versprechens, ein Darlehen zu geben oder zu nehmen (obligatorischer Kaufalvertrag), zu dessen wirklicher Hingabe und Annahme (dinglicher Erfüllungsvertrag) ein ganz anderer, als nach rR. Durch formlose Vereinbarung wird die Verpflichtung zur Hingabe und (regelmäßig, S. 533) zur Abnahme begründet. Der Darlehnsvertrag (im Sinne des ehemaligen pactum de mutuo dando) kann also für beide Teile Pflichten erzeugen, nämlich auf Gewährung und Annahme des Darlehens, und insofern kann man sagen, daß das Darlehen heute die Natur eines zweiseitig verpflichtenden Vertrags haben kann. Da es sich dabei aber nicht um einen Austausch von Leistungen handelt, sondern zum Begriff und Wesen des Darlehens nur *eine* Verpflichtung gehört, nämlich die Verpflichtung des Darlehnsempfängers zur Rückerstattung des Darlehnsbetrags, so ist der Darlehnsvertrag auch nach BGB. kein gegenseitiger Vertrag (S. 208), sondern gehört zur Gattung der contractus bilaterales inaequales (S. 207).

b. *Verpflichtungen des Darleihers.*

1. Die Hauptverpflichtung des Darleihers geht auf Gewährung des Darlehens. Wie S. 520 dargelegt, ist nach modernem Rechte die Vereinbarung zwischen Darleiher und Empfänger der den Darlehnsvertrag begründende Rechtsvorgang. Ihm gegenüber hat die Hingabe nur die Bedeutung eines dinglichen Erfüllungsgeschäfts. Dies trifft

Digitized by Google

auch dann zu, wenn Begründung und Erfüllung zeitlich zusammenfallen, genau so, wie man beim Handkaufe (S. 406[1]) und bei der Handschenkung (S. 450) das Kausalgeschäft und das dingliche Erfüllungsgeschäft auseinander halten muß. Die Verpflichtung des Darleihers zur Gewährung des Darlehens kann nun aber naturgemäß nur dann Gegenstand rechtlicher Erörterung sein, wenn Versprechen und Erfüllung zeitlich auseinanderfallen. Für diesen Fall unterstellt § 610 BGB. die Verpflichtung des Darleihers zur Gewährung einer wichtigen Sondervorschrift. Da nämlich der Darleiher „kreditieren", d. h. dem Empfänger eine Leistung anvertrauen soll, gegen das bloße Versprechen einer erst in Zukunft zu bewirkenden Rückleistung, so soll hier ausnahmsweise (S. 213) die clausula rebus sic stantibus (III, 491[4]) als vereinbart gelten: „Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird."[2]) Das Widerrufsrecht ist aber davon abhängig, daß die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nach der bindenden Abgabe des Versprechens eintritt.

2. Die schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung kann

---

[2]) Der Anspruch des Darlehnsempfängers auf Auszahlung des Darlehens ist an sich abtretbar und pfändbar, es sei denn, (BGB. § 399, oben S. 317), daß die Übertragbarkeit entweder vertragsmäßig ausgeschlossen ist oder die Übertragung der vermutlichen Absicht der Beteiligten widersprechen würde. Letzteres liegt regelmäßig vor beim sog. Baugelddarlehen. Hierbei verspricht A. (Baugeldgeber) dem Grundstückseigentümer B., den zu dem von B. aufzuführenden Bau nötigen Barbetrag in Raten nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues zu zahlen, wogegen B. den A. durch eine Hypothek in voller Höhe des Baugelds sichert. Da die Sicherheit der Baugeldhypothek des A. naturgemäß davon abhängt, daß das Baugeld auch wirklich in das Grundstück verwendet wird, ist eine Übertragung des Baugelds zwar zu Gunsten eines Bauhandwerkers oder sonstigen Lieferanten für Leistungen in das Grundstück, als zulässig, dagegen zu Gunsten Fremder als der Absicht der Parteien widersprechend zu erachten (vgl. ERG. 38, 308).

Digitized by Google

den Darleiher nach allgemeinen Grundsätzen zum Schadensersatze verpflichten, zB. wenn der Darleiher dem Empfänger gefälschte Tausendmarkscheine aushändigt, obgleich er an ihrer Echtheit zweifelt und der Empfänger bei deren Ausgabe verhaftet wird, oder wenn ein Grundstück von einem Hypothekengläubiger zur Zwangsversteigerung gestellt wird, weil der Übernehmer der Hypothek am Zahlungstage den bisherigen Gläubiger nicht auszahlt.

c. Verpflichtungen des Darlehnsempfängers.

1. Vor dem Darlehnsempfang.

Ob der Darlehnsnehmer zur Abnahme der Darlehnssumme verpflichtet ist, hängt, falls der Darlehnsvertrag hierüber keine ausdrücklichen Vereinbarungen enthält, davon ab, ob der Darleiher an der Abnahme eine Interesse hat. Das wird bei zinsbaren Darlehen regelmäßig der Fall sein. Bei zinslosen hätte es keinen Sinn, den Schuldner zur Annahme der Darlehnsvaluta zu zwingen, da er nach BGB. § 109 Abs. 3 zur sofortigen Rückerstattung berechtigt sein würde.[3])

2. Nach dem Darlehnsempfang.

α. Verpflichtung zur Rückerstattung.

Die hauptsächlichste Verpflichtung des Schuldners nach Empfangnahme der Darlehnssumme geht auf deren Rückgabe zur gehörigen Zeit und am gehörigen Orte. Wie bereits S. 515 erwähnt, trägt der Schuldner, da er Eigentümer der hingegebenen Sachen wird, von der Übergabe an die Gefahr. Die Erstattungspflicht wird also durch den zufälligen Untergang der hingegebenen Sachen nicht berührt.

a. Die Zeit der Rückerstattung richtet sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Parteien. Ist

[3]) Nach ALR. I, 11 §§ 658 ff. konnte der die Empfangnahme des Darlehens Weigernde nicht zu dessen Abnahme, sondern nur zur Schadloshaltung gezwungen werden. Diese wurde mangels Nachweises eines höheren Interesses auf eine „halbjährige landesübliche Zinse des versprochenen Kapitals" bestimmt. Dies ist in das BGB. nicht übergegangen.

Digitized by Google

eine Rückzahlungszeit bestimmt, so tritt die Vermutung des § 271 Abs. 2 BGB. (S. 99[8]) ein, wonach im Zweifel anzunehmen ist, daß der Darleiher die Rückerstattung des Darlehens nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann. Diese Regel wird aber bei zinsbaren Darlehen ohne weiteres als ausgeschlossen gelten müssen, da hier stets auch der Gläubiger ein Interesse daran hat, daß er das Kapital erst zur bestimmten Zeit zurückerhält.

Ist eine Rückzahlungszeit weder ausdrücklich bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so treten die gesetzlichen Vorschriften ein. Nach rR. galt auch hier die allgemeine Regel: Quod sine die debetur, statim debetur (S. 94[2]). Das BGB. § 609 hat dagegen dem modernen Verkehrsbedürfnis entsprechend und in Übereinstimmung mit dem ALR. (I, 11 §§ 761 ff.) Kündigungsfristen festgesetzt und dadurch die Anwendbarkeit des § 271 Abs. 1 (S. 94) auf diesen Fall ausgeschlossen. Die Kündigungsfrist beträgt bei Darlehen von mehr als dreihundert Mark drei Monate, bei Darlehen von geringerem Betrag einen Monat[4]) (nach ALR.: über 150 Mark 3 Monate, darunter

[4]) Daß die Kündigung nur zum Ende eines Kalendervierteljahrs oder -monats erfolgen darf, ist hier — abweichend von der Miete, § 565, S. 492 — nicht bestimmt. Nur bei Darlehen unter Verpfändung von Grundstücken wird es regelmäßig als vermutliche Absicht der Parteien angesehen werden können, daß die Rückzahlung nur zu einem als „Beleihungstermin" üblichen Zeitpunkte, nämlich zu einem Kalenderquartalsschluß, erfolgen darf.

Bei Grundschulden und Rentenschulden beträgt die gesetzliche Kündigungsfrist 6 Monate (§§ 1193, 1202). Vielfach, besonders bei Darlehen unter Verpfändung von Grundstücken, verzichten die Parteien auf Ausübung der Kündigung bis zu einem bestimmten Termine („Festschreibung"), der Darlehnsgeber regelmäßig unter der Bedingung pünktlicher Zinszahlung. Eine solche Eintragung im Grundbuche lautet etwa: „(Abt. III.) Nr. 6. 10,000 Mk. Darlehen, mit 4 vom Hundert jährlich in vierteljährlichen Teilen vom 1. Juli 1901 an verzinslich, nach sechsmonatiger Kündigung rückzahlbar für den Rentier Fritz Weber in Nauen aus der Schuldverschreibung vom 20. Juni eingetragen am 5. Juli 1901 mit dem Bemerken, daß die Kündigung des Kapitals bis zum 1. Januar 1911 für den Schuldner unbedingt, für den Gläubiger bei pünktlicher, d. h.

Digitized by Google

4 Wochen). Jedoch ist beim zinslosen Darlehen der Schuldner auch ohne Kündigung — aber ohne Anspruch auf Zwischenzinsen S. 100 — jederzeit zur Rückerstattung ermächtigt (diei adjectio pro reo est, S. 99[8]), während der Gläubiger auch hier an die Kündigungsfristen gebunden ist.[5])

Über das ungewöhnliche Kündigungsrecht des Schuldners, der mehr als 6% Zinsen zahlt, vgl. BGB. § 247, oben S. 46[12].

b. Der Ort der Rückzahlung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften (S. 87). Mangels anderweiter ausdrücklicher oder aus den Umständen zu folgernder Vereinbarung ist daher Erfüllungsort an sich der Wohnsitz oder die Gewerbeniederlassung des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, d. h. nach heutigem Rechte des Abschlusses des Darlehnsgewährungsvertrags (S. 531). Hier ist also für den Darlehnsschuldner auch der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (CPO. § 29) begründet. Daneben besteht für Geldarlehen gemäß § 270 (S. 90) die Verpflichtung des Schuldners,

---

innerhalb von 14 Tagen seit der Fälligkeit erfolgender Zinszahlung ausgeschlossen ist".

Kündigt der Gläubiger vorher, so braucht er nur zu behaupten, daß eine Zinsrate nicht pünktlich gezahlt ist. Der Beweis der pünktlichen Zahlung, von welcher der Ausschluß des Kündigungsrechts abhängig ist, liegt dem Darlehnsschuldner ob, gerade wie der von der „Exmissionsklausel" (S. 478) Gebrauch machende Vermieter nur zu behaupten braucht, daß die Miete nicht pünktlich gezahlt ist, während es Sache des Mieters ist, die pünktliche Erfüllung nachzuweisen.

[5]) Bei der gewerblichen Pfandleihe darf nach dem PrG. vom 17. März 1881 §§ 4, 7 (II, 601[2]) die Fälligkeit des Darlehens nicht vor Ablauf von 6 Monaten seit der Hingabe bestimmt werden. Der Schuldner darf das Darlehen aber bereits früher zurückzahlen. Diese Vorschrift bleibt gemäß EGBGB. Art. 94 auch fernerhin in Kraft.

Über den Einfluß der Notwendigkeit einer Kündigung auf den Lauf der Verjährung vgl. III, 630 (die Verjährungszeit beträgt bei Zugrundelegung der gesetzlichen Kündigungszeit 30 Jahre und 1 Monat oder 30 Jahre und 3 Monate), über die Kündigungsklage (CPO. § 257) I, 278[1] und oben S. 104[18].

Digitized by Google

die Darlehnssumme auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

c. Kommt der Schuldner in Verzug, so sind Verzugszinsen in Höhe von mindestens 4, bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5% zu entrichten.[6]) Ist der etwa aus-

[6]) Der bisherige Zinssatz für Verzugszinsen betrug nach bürgerlichem Rechte 5, nach altem HGB. Art. 287 (u. zw. wenn das Geschäft auch nur auf einer Seite ein Handelsgeschäft war) 6%.

Für die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnisse ist nun — wie hier in Ergänzung des oben S. 147 Gesagten bemerkt sei — streitig geworden, ob für die Zeit vom 1. Januar 1900 ab Verzugszinsen nach dem alten oder nach dem neuen Rechte zuzusprechen seien? Die Anhänger der ersteren Ansicht berufen sich auf Art. 170 EGBGB. (III, 64), wonach für ein vor dem 1. Januar 1900 entstandenes Schuldverhältnis die bisherigen Vorschriften maßgebend bleiben sollen. Dagegen wird eingewendet, daß der Verzug eine selbständige rechtsbegründende „causa" darstelle; daß er nicht ein einmaliges Ereignis, sondern eine Thatsache von Dauer sei, wobei, ähnlich wie bei Zustandsobligationen, die jeweilige Gesetzgebung entscheidend sein müsse, soweit Folgen des Verzugs in Frage stehen, die, wie die Verzugszinsen, von der Fortdauer der Verzugsthatsachen in der Weise beeinflußt werden, daß die Leistungspflicht mit jeder neuen Zeiteinheit von neuem entsteht (so Reichsgericht, VI. Civilsenat); daß endlich die neuen Vorschriften einen reformatorischen Charakter aufwiesen, der ihre sofortige Anwendbarkeit als geboten erscheinen ließe. Die meisten Gerichte haben die neuen Vorschriften auch auf früher entstandene Schuldverhältnisse angewandt; die dieser Ansicht gegebene Begründung ist aber (vgl. Staub, Deutsche Juristenzeit. 1900 Nr. 6) jedenfalls unzulänglich. Denn die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen beruht auf dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, nicht auf dem Verzuge als einem neu auftretenden Schuldgrunde; ferner entsteht diese Pflicht nicht in jedem Zeitteile von neuem, sondern durch die Dauer des Verzugs wird nur die Gesamthöhe bestimmt; und endlich ist die im neuen Recht erfolgte Herabsetzung des Zinssatzes für Verzugszinsen jedenfalls nicht in dem Sinne reformatorisch, daß sie — etwa wie die III, 64 erwähnten Vorschriften — zwingendes Recht darstellen. Denn dann könnten die Parteien die Höhe der Verzugszinsen auch nicht durch Vertrag abweichend vom Gesetze bestimmen, was jedenfalls unrichtig ist (vgl. auch § 288 Satz 2).

Die eben besprochene Streitfrage besteht auch für das Wechselrecht. Zwar ist der Zinssatz von 6% für Wechselregreßklagen (d. h. für Klagen gegen den Aussteller und die Indossanten eines gezogenen und gegen die Indossanten eines eigenen Wechsels, WO. Art. 50, 51, 98[6]) unberührt geblieben. Für die direkte Wechsel-

Digitized by Google

bedungene Zinssatz höher als der gesetzliche, so bleibt jener maßgebend (§ 288, oben S. 147).

b. Wie schon S. 520 erwähnt, gehört zur Begründung der Rückerstattungsklage die Behauptung, daß die Darlehnsvaluta dem Beklagten gezahlt ist. Bestreitet dies der beklagte Schuldner, so trifft den Gläubiger für diesen zum Klagegrunde gehörenden Umstand die Beweislast. Giebt der Schuldner dagegen zu, die als Darlehen hingegebenen Sachen empfangen zu haben, behauptet er jedoch, dennoch nicht Darlehnsschuldner geworden zu sein, weil er nicht Eigentümer der Sachen geworden sei (S. 521), so hat er diese rechtshemmende Thatsache (I, 217[3]) zu beweisen.

Der Gläubiger pflegt sich über den Empfang des Darlehens einen Empfangsschein (Darlehnsschuldschein) aushändigen zu lassen, durch dessen Vorlegung er — wenigstens nach modernem Prozeßrechte, S. 185[8], vgl. jedoch BGB. § 1139 über die Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Darlehnshingabe im Falle der Bestellung einer Buchhypothek — des Beweises der Darlehnshingabe enthoben wird. Der Schuldner kann jedoch seinerseits die thatsächliche Unrichtigkeit des Schuldscheins beweisen.

Giebt der Schuldner den Darlehnsempfang zu, behauptet aber, daß er das Darlehen bereits zurückgezahlt habe, so trifft ihn für diese rechtsvernichtende Thatsache die Beweislast (I, 217[3] und oben S. 243). Er pflegt

---

klage gegen den Acceptanten eines gezogenen oder den Aussteller eines eigenen Wechsels fehlt es dagegen an einer Sondervorschrift. Für die nach dem 1. Januar 1900 verfallenden Wechsel sind also, je nach der Art des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses, 4 oder 5% zu zahlen, während hinsichtlich der nach dem 1. Januar 1900 entstehenden Verzugszinsen eines vorher verfallenen Wechsels die Entscheidung von der Beantwortung der oben erwähnten Streitfrage abhängt. Staub nimmt für alle Fälle den Zinssatz von 6% als maßgebend an, da sich vor dem 1. Januar 1900 ein hierauf bezügliches Reichsgewohnheitsrecht entwickelt habe, das als Reichsrecht (EGBGB. Art. 2) vom BGB. und vom neuen HGB. unberührt geblieben sei (EGBGB Art. 32, EGHGB. Art. 2). Ein solch allgemeines Gewohnheitsrecht hat aber thatsächlich nicht bestanden, da viele Gerichte auch schon vor dem 1. Januar 1900 bei der direkten Wechselklage nur die Verzugszinsen des bürgerlichen Rechts zusprachen.

Digitized by Google

sich daher eine Quittung geben zu lassen und braucht nur gegen eine solche zu zahlen (S. 260).

β. Verpflichtung zur Verzinsung.

Die Zinspflicht — als Gegenleistung des Schuldners für die zeitweilige Überlassung des Kapitalgebrauchs — versteht sich, wie nach rR. und ALR., so auch nach BGB. nie von selbst,[7]) sondern muß ausbedungen werden (bedungene Zinsen, im Gegensatze zu den gesetzlichen, S. 42). Die bedungenen Zinsen sind mangels besonderer Abrede nach dem Ablaufe je eines Jahrs und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahrs zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten (§ 608). Jede Zinsrate ist selbständig einklagbar und verjährt in 4 Jahren vom Ablaufe des Fälligkeitsjahrs an (§ 197, III, 638[4], oben S. 44).

§ 129. Besondere Arten des Darlehens.

a. Seedarlehen und Bodmerei.

1. Das rR. kannte unter dem Namen foenus nauticum oder pecunia trajecticia[1]) ein dem griechischen Recht entstammendes, im Seeverkehr übliches Darlehnsgeschäft mit folgenden Eigentümlichkeiten:

α. Das Darlehen wird gegeben auf eine bestimmte Seereise eines Fahrzeugs, entweder zwecks Anschaffung von Waren zur Ein- oder Ausfuhr oder zwecks einer Reparatur des Schiffs, in allen Fällen aber mit der Bestimmung, daß die Rückzahlung des Darlehens nur bei glücklicher Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen erfolgen solle.

[7]) Vgl. dagegen HGB. § 354, wonach ein Kaufmann für die in Ausübung seines Handelsgewerbes gegebenen Darlehen vom Tage der Leistung an 5 % Zinsen (HGB. § 352, bisher 6 %, altes HGB. Art. 287) berechnen kann.

[1]) So genannt, weil ursprünglich das Seedarlehen für den Import bestimmt war, wobei das geliehene Geld nach dem Hafen versendet wurde, in dem die zur Einfuhr bestimmten Waren verladen werden sollten. Über den Zusammenhang des Seedarlehens mit der Seeversicherung vgl. unten § 155.

Digestentitel 22, 2, Kodextitel 4, 33: De nautico faenore.

Digitized by Google

β. Da hiernach der Darlehnsgeber die Gefahr der Seereise trug, so war das Seedarlehen von den gesetzlichen Zinsbeschränkungen (II, 506 und oben S. 46) ursprünglich gänzlich befreit. Justinian bestimmte das erlaubte Zinsenhöchstmaß auf 12% (l. 26 § 2 C. 4, 32).

2. Aus dem foenus nauticum entwickelte sich im Mittelalter in Frankreich und England die „Respondentia" oder die „Großaventurei", d. h. ein bei der Ausfuhr oder Einfuhr von Waren über See aufgenommenes Darlehen, wobei der Darlehnsgläubiger gegen einen erhöhten Zinssatz (Prämie) die Gefahr der Seereise trug, andererseits aber zur Sicherung des Darlehens nebst der Prämie ein Pfandrecht an den zur Versendung gelangenden Waren erhielt.

3. Hieraus hat sich die dem neueren Seerecht angehörige Bodmerei entwickelt.

α. Bodmerei (engl. bottomry, von bottom, Schiffskiel) im weiteren Sinn ist ein Darlehnsgeschäft, das unter Zusicherung einer Prämie und unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung oder von einem oder mehreren dieser Gegenstände in der Art eingegangen wird, daß der Gläubiger sich wegen seiner Ansprüche nur an die verpfändeten (verbodmeten) Gegenstände halten kann, und zwar nach der Ankunft des Schiffs an dem Orte, wo die Reise enden soll, für welche das Geschäft eingegangen ist (Bodmereireise). Ein solches Darlehnsgeschäft gegen Verpfändung kann an sich von jedem zur Verpfändung Berechtigten aufgenommen werden, also hinsichtlich des Schiffs vom Rheder, hinsichtlich der Fracht vom Schiffer, hinsichtlich der Ladung vom Befrachter (sog. uneigentliche Bodmerei). Von praktischer Bedeutung und vom HGB. (Buch IV Abschnitt 6) allein geordnet ist jedoch nur die eigentliche oder Notbodmerei, d. h. diejenige, die von dem Schiffer als solchem kraft der ihm gesetzlich zustehenden Befugnisse eingegangen wird (HGB. § 679). Eine eigentliche Bodmerei kann der Schiffer eingehen (HGB. § 680):

a. während sich das Schiff außerhalb des Heimat-

Digitized by Google

hafens befindet zum Zwecke der Ausführung der Reise (zB. wenn Reparaturen erforderlich werden);

b. während der Reise im alleinigen Interesse der Ladungsbeteiligten. In letzterem Falle kann der Schiffer die Ladung allein verbodmen; in allen übrigen Fällen kann er zwar das Schiff oder die Fracht allein, die Ladung aber nur zusammen mit dem Schiff und der Fracht verbodmen.

β. Die Bodmerei hat mit dem foenus nauticum gemein, daß die Zurückzahlung des Darlehens nur bei glücklicher Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen zu erfolgen braucht, unterscheidet sich aber von ihm in zwei Punkten.

a. Der Gläubiger (Bodmerist) ist bei der Bodmerei insofern in höherem Maße gesichert, als beim foenus nauticum, als er ein Pfandrecht an den verbodmeten Gegenständen erhält;

b. er ist aber andererseits auf die Befriedigung aus den verbodmeten Gegenständen angewiesen, während beim foenus nauticum der Darlehnsnehmer nach glücklicher Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen auf Rückzahlung des Darlehens auch persönlich verhaftet war. Die Bodmerei begründet also nach Art einer Grundschuld (II, 579[2]) eine rein dingliche Haftung der verbodmeten Gegenstände.[2])

γ. Über die Verbodmung muß ein Bodmereibrief (Seewechsel, Bielbrief) ausgestellt werden, der an Order

---

[2]) Nur in Ausnahmefällen tritt eine persönliche Haftung ein, nämlich:

a. des Schiffers, falls er die verbodmeten Gegenstände einer größeren als der vorausgesetzten Gefahr ohne Not aussetzt (§ 692), falls er die Bodmereireise willkürlich verändert (sog. Deviation) oder nach ihrer Beendigung die verbodmeten Gegenstände ohne Not von neuem einer Seegefahr aussetzt (§ 693), und falls er vor Befriedigung des Gläubigers die Ladung ausliefert (§ 694), soweit der Gläubiger in diesen Fällen infolge der Handlung des Schiffers der Befriedigung verlustig geht;

b. des Rhebers, falls er in den unter a. erwähnten Fällen die Handlungsweise des Schiffers angeordnet hat (§ 695);

c. des Ladungsempfängers, dem bei der Annahme der verbodmeten Güter bekannt ist, daß auf ihnen eine Bodmereischuld haftet, bis auf Höhe des Werts der ausgelieferten Güter (§ 697).

Digitized by Google

gestellt werden kann. Dagegen bedarf es weder zur Verbodmung des Schiffs der bei sonstigen Verpfändungen erforderlichen Eintragung in das Schiffsregister, noch zur Verbodmung der Ladung der Übergabe (HGB. §§ 682 bis 684). Ist vor der Ausstellung des Bodmereibriefs die Notwendigkeit der Eingehung des Geschäfts von dem deutschen Konsul, mangels eines solchen von den Schiffsoffizieren urkundlich bezeugt, so spricht eine gesetzliche (aber entkräftbare) Vermutung dafür, daß der Schiffer zur Eingehung des Geschäfts in dem vorliegendem Umfange befugt gewesen sei (HGB. § 685).

Die Höhe der Prämie unterliegt dem freien Ermessen. Über ihre Arten (feste Prämie, Zeitprämie) vgl. oben S. 50[18].

Die Bodmereischuld ist in dem Bestimmungshafen der Bodmereireise und am 8. Tage nach der Ankunft des Schiffs in diesem Hafen an den (durch Benennung als Remittent oder durch Indossament) legitimierten Inhaber des Bodmereibriefs zu zahlen. Der Bodmerist kann die verbodmeten Gegenstände sofort nach der Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen der Bodmereireise mit Arrest belegen lassen, ohne daß es der Glaubhaftmachung eines Arrestgrunds bedarf (HGB. § 691).

Wird vor dem Antritte der Bodmereireise die Unternehmung aufgegeben, so ist die Bodmereischuld sofort fällig; der Gläubiger muß sich jedoch eine verhältnismäßige Herabsetzung der Prämie („Ristorno“) gefallen lassen, unten § 155).

b. Öffentliche Anleihen.

Anleihen sind Darlehen, die der Staat,[3]) eine andere juristische Person (Provinz, Kreis, Stadt, Aktien-

[3]) Die Staatsanleihen bilden die hauptsächlichsten Staatsschulden. Sie sind dauernde im Gegensatze zur schwebenden Schuld (**dette flottante**). die, regelmäßig durch Ausgabe von Schatzanweisungen (III, 372[5]), zur Befriedigung vorübergehender Finanzbedürfnisse aufgenommen werden. Über die Umwandelung der auf den Inhaber lautenden Anleihescheine des Deutschen Reichs und

Digitized by Google

gesellschaft), zuweilen selbst eine einzelne Person (Fabrik- oder Bergwerkseigentümer) zur Deckung größerer Geldbedürfnisse in der Weise aufnimmt, daß das große Publikum zur Gewährung von Teilen des Darlehens aufgefordert wird. Dies kann unter Benutzung einer Mittelsperson (Negoziation) oder durch unmittelbares Angehen des Publikums (Subskription) erfolgen. Im letzteren Fall erklärt der Anleiheschuldner regelmäßig in einem Prospekte, zu welchen Bedingungen er das Darlehen aufzunehmen gedenkt, und „legt die Anleihe zur Zeichnung aus", d. h. er fordert diejenigen, welche Anteile des durch die Anleihe aufzunehmenden Darlehens zu übernehmen beabsichtigen, öffentlich auf, diesbezügliche schriftliche Offerten (Zeichnungen) bei den im Prospekt angegebenen „Zeichenstellen" abzugeben. Die „Begebung" (Emission) der Anleihe vollzieht sich regelmäßig in den Formen des Kaufs. Der Anleiheschuldner zerlegt die Gesamtsumme (zB. 50 Millionen Mark) nämlich in Anteile („Appoints") von gleichem Nennwerte (zB. 1000 Mk.) und stellt darüber Anleihescheine (also Darlehnsschuldscheine) aus, die regelmäßig auf den Inhaber lauten. Jeder Zeichner erklärt mit der Zeichnung seine Bereitwilligkeit zum Ankaufe der dem gezeichneten Betrag entsprechenden Anzahl von Anleihescheinen. Für den Fall, daß die Anleihe „überzeichnet" wird, d. h. daß die Gesamtsumme der Zeichnungen den Nennwert der Anleihe übersteigt, pflegt sich der Anleiheschuldner die „Zuteilung der Stücke" vorzubehalten. Im Prospekte wird u. a. der Emissionskurs bestimmt, d. h. in Prozenten angegeben, welchen Betrag der Käufer des Anleihescheins (also der Darlehnsgläubiger) für je 100 Mk.

Preußens in Namensforderungen durch Eintragung in das Reichs- und Staatsschuldbuch vgl. III, 677[7].

Die dauernde Staatsschuld pflegt man heute auch als fundierte, die schwebende als unfundierte Staatsschuld zu bezeichnen. Im eigentlichen Sinn ist fundierte Staatsschuld jedoch eine solche, bei der die Gläubiger (durch Verpfändung von Grundstücken oder bestimmten Einnahmequellen, zB. Zöllen) eine dingliche Sicherung erhalten. Dies ist für Staatsschulden, wenigstens in Deutschland, nicht mehr üblich. Vgl. noch die Reichsschuldenordnung vom 19. März 1900.

Digitized by Google

Nennwert zu zahlen hat. Der Emissionskurs kann dem Nennwerte gleichstehen (al pari, 100%) oder hinter ihm zurückbleiben (unter pari, zB. 94%) oder ihn übersteigen (über pari, zB. 106%). Dies richtet sich natürlich nach dem für die Anleihe versprochenen Zinssatze, den Rückzahlungsbedingungen und der Sicherheit des Anleiheschuldners, vor allem aber nach den Zeitverhältnissen (der Konjunktur), insbesondere danach, ob der Geldstand „flüssig" oder „steif" ist, d. h. ob das große Publikum viel bares Geld als Anlagekapital verfügbar hat oder nicht.

Besonders eigentümlich sind bei den durch Anleihe aufgenommenen Darlehen die Rückzahlungsbedingungen geordnet. Regelmäßig haben die Anteilsinhaber überhaupt kein Kündigungsrecht. Vielmehr wird die Anleihe in einer im Prospekte bestimmten Weise getilgt, entweder einheitlich an einem bestimmten Termin oder nach einer dem Schuldner freistehenden Kündigung (sog. Rentenanleihen, weil die Rückzahlung hierbei im Belieben des Schuldners liegt, so daß der Gläubiger kein Recht auf eine bestimmte Zurückzahlung des Kapitals, sondern nur auf die Zinsen, also auf eine Rente hat, II, 572); oder in Teilzahlungen dergestalt, daß die Anleihe „amortisiert" wird durch alljährliche Rückzahlungen eines bestimmten Betrags, wobei die Nummern der in jedem Jahre zurückzuzahlenden Anteilscheine durch Auslosung ermittelt werden.[4])

[4]) Die Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen der Gläubiger ist ermöglicht durch das RG. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899, dessen § 1 bestimmt: „Sind von Jemand, der im Inlande seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, im Inlande Schuldverschreibungen mit im voraus bestimmten Nennwerten ausgestellt, die nach dem Verhältnisse dieser Werte den Gläubigern gleiche Rechte gewähren, und betragen die Nennwerte der ausgegebenen Schuldverschreibungen zusammen mindestens dreihunderttausend Mark und die Zahl der ausgegebenen Stücke mindestens dreihundert, so haben die Beschlüsse, welche von einer Versammlung der Gläubiger aus diesen Schuldverschreibungen zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen gefaßt werden, nach Maßgabe dieses Gesetzes verbindliche Kraft für alle Gläubiger der bezeichneten Art. Die Versammlung kann insbesondere zur Wahr-

Digitized by Google

Eine willkürliche Herabsetzung des Zinsfußes seitens des Anleiheschuldners während des Bestehens des Darlehnsverhältnisses ist natürlich ausgeschlossen. Wohl aber ist es üblich, daß der Anleiheschuldner, der sich die Kündigung der Anleihe vorbehalten hat, kündigt und gleichzeitig erklärt, daß er mit denjenigen Eigentümern von Anleihescheinen (also Darlehnsgläubigern) das Schuldverhältnis fortzusetzen bereit ist, die in eine Herabsetzung des Zinsfußes willigen (sog. Konversion der Anleihe). Werden mehrere unter verschiedenen Bedingungen ausgegebene Anleihen zwecks Vereinheitlichung durch eine Anleihe ersetzt, so spricht man von Konsolidation der Anleihen. Dies ist zB. für die von 1848—1869 aufgenommenen preußischen Staatsanleihen durch PrG. vom 19. Dezember 1869 erfolgt; daher werden die preußischen Staatsschuldscheine als „Konsols" bezeichnet.

Besondere Arten von Anleihen sind:

1. Die Prämienanleihen. Hierbei wird den Gläubigern oder einem Teile derselben außer der Zahlung der verschriebenen Geldsumme ein besonderer Betrag (Prämie) dergestalt zugesichert, daß durch Auslosung oder durch eine andere auf den Zufall gestellte Art der Ermittelung die zu prämiierenden Schuldverschreibungen und die Höhe der ihnen zufallenden Prämie bestimmt werden sollen. Derartige „Inhaberpapiere mit Prämien" dürfen nach einem NG. vom 8. Juni 1871 innerhalb des Deutschen Reichs nur auf Grund eines Reichsgesetzes und nur zum Zwecke der Anleihe eines Bundesstaats oder des Reichs ausgegeben werden und dürfen, falls sie im Ausland ausgegeben sind, nicht im Inlande weiter begeben, noch an der Börse zum Gegenstand eines Geschäfts gemacht worden. Thatsächlich ist eine solche Erlaubnis bisher noch nicht erteilt.

---

nehmung der Rechte der Gläubiger einen gemeinsamen Vertreter für diese bestellen. Eine Verpflichtung zu Leistungen kann für die Gläubiger durch Beschluß der Gläubigerversammlung nicht begründet werden."

Digitized by Google

2. Die Anleihen mit hypothekarischer Sicherheit. In manchen Fällen werden für eine Anleihe Grundstücke zur Hypothek bestellt. Dann ist jeder Besitzer eines Anteilsscheins in Höhe des Nennwerts Anteilsberechtigter an der Hypothek. Da nun aber nicht für jeden Teilgläubiger ein Teilhypothekenbrief ausgefertigt werden kann, so pflegen die Rechte der Teilgläubiger an den verpfändeten Grundstücken durch eine Vertrauensperson (Pfandhalter, Treuhänder) wahrgenommen zu werden, auf dessen Namen die Hypothek eingetragen wird und der sich durch einen auf jeden Anteilschein gesetzten Vermerk verpflichtet, die Hypothek im ausschließlichen Interesse der Anleihegläubiger geltend zu machen.[5])

---

[5]) Besondere Vorschriften bestehen für die Pfandbriefe der Hypothekenbank und für die Bahnpfandschulden.

a Nach dem Reichshypothekenbankgesetze vom 13. Juli 1899 bedürfen Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in der hypothekarischen Beleihung von Grundstücken und der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der erworbenen Hypotheken besteht (Hypothekenbanken), zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebs der Genehmigung des Bundesrats (§ 1). Offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, eingetragenen Genossenschaften und einzelnen Personen ist der Betrieb eines Unternehmens dieser Art untersagt (§ 2). Die Hypothekenbanken unterliegen fortdauernd der staatlichen Aufsicht (§ 3). Sie dürfen außer der Gewährung hypothekarischer Darlehen und der Ausgabe von Hypothekenbriefen nur bestimmte Kredit- und Bankgeschäfte betreiben (§ 5). Der Gesamtbetrag der im Umlaufe befindlichen Hypothekenpfandbriefe muß in Höhe des Nennwerts jederzeit durch Hypotheken von mindestens gleicher Höhe und mindestens gleichem Zinsbetrage gedeckt sein (§ 6). Bei jeder Hypothekenbank ist ein Treuhänder zu bestellen. Er hat darauf zu achten, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenpfandbriefe jederzeit vorhanden ist, und die Hypothekenurkunden unter dem Mitverschlusse der Bank zu verwahren (§§ 29 ff.). Ist über das Vermögen der Hypothekenbank der Konkurs eröffnet, so gehen in Ansehung der Befriedigung aus den in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapieren die Forderungen der Pfandbriefgläubiger den Forderungen aller anderen Konkursgläubiger vor. Das Gleiche gilt von Geld, das dem Treuhänder zur Deckung der Hypothekenpfandbriefe in Verwahrung gegeben ist. Die Pfandbriefgläubiger haben unter einander gleichen Rang (§ 35).

Digitized by Google

Sechster Titel. Dienstvertrag (BGB. §§ 611—630).

§ 130. Dienstverträge. Übersicht.

a. Dienstvertrag (im rR. locatio conductio operarum, S. 461, im ALR. Vertrag über Handlungen genannt) ist ein gegenseitig verpflichtender (synallagmatischer, S. 208) Vertrag, wobei der eine Teil die Leistung von Diensten zusagt, während der andere Teil hiergegen eine Vergütung verspricht (BGB. § 611). Wie beim Kauf und bei der Miete handelt es sich also auch beim Dienstvertrag um den Umsatz eines wirtschaftlichen Guts gegen eine Vergütung. Während aber beim Kaufe das Eigentum, bei der Miete der Gebrauch einer Sache zu gewähren ist, handelt es sich beim Dienstvertrag um persönliche Leistungen.

b. Das BGB. behandelt den Dienstvertrag in Buch II, Abschnitt 7, Titel 6. Den hier gegebenen Vorschriften unterstehen aber durchaus nicht alle Verträge, bei denen ein Umsatz von persönlicher Thätigkeit (Dienstleistung) gegen Ver-

---

b. Bei Bahnpfandschulden (d. h. dinglichen Belastungen der im Bahngrundbuch eingetragenen Privateisenbahnen oder Kleinbahnen, III, 325) bedarf es nach §§ 20 ff. des PrG. vom 19. August 1895 betr. das Pfandrecht an den Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben der Bestellung eines Pfandhalters nicht. Vielmehr kann eine Bahnpfandschuld ohne Bezeichnung des Gläubigers im Bahngrundbuch eingetragen werden, wenn die Schuld in Teile zerlegt und die Genehmigung zur Ausstellung von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber erteilt ist. In diesem Falle sind (ähnlich wie bei den älteren Pfandbriefen, II, 575[11]) in der Eintragung neben dem Gesamtbetrage die Teilschuldverschreibungen nach Anzahl, Bezeichnung und Betrag angegeben. Hierbei gilt also mit dem Anleiheschein ohne weiteres ein dingliches Recht an der Bahneinheit als verbunden. Während ferner bei sonstigen Anleihen die Anteilsinhaber in keinem Rechtsverhältnisse zu einander stehen, ist für die Teilgläubiger einer Bahnpfandschuld behufs Verfügung über das gemeinschaftliche Pfandrecht in §§ 27 ff. des Gesetzes eine Versammlung unter Leitung des Gerichts vorgesehen, in welcher Beschlüsse nach Stimmenmehrheit gefaßt werden (Mehrzahl der anwesenden Gläubiger, deren Anteile zwei Drittel der Gesamtsumme ausmachen müssen).

Digitized by Google

gütung stattfindet. Vielmehr ist der Kreis der Dienstverträge, auf welche die Vorschriften dieses Titels des BGB. ohne weiteres anwendbar sind, von einem doppelten Gesichtspunkt aus beschränkt.

1. Gewisse auf Gewährung von Diensten gegen Vergütung[1]) gerichtete Verträge sind durch Hinzufügung weiterer Begriffsmerkmale zu eigenen (typischen, S. 374[1]) Vertragsarten ausgestaltet und besonderen Regeln unterstellt. Hierzu gehören aus dem II. Buche des BGB. u. a.:

α. Der Werkvertrag, bei dem der Gegenstand des Vertrags nicht die Leistung einzelner Dienste, sondern deren Ergebnis, die Herbeiführung eines gewissen Erfolgs durch Dienstleistung ist (7. Titel des 7. Abschnitts, unten § 136). Besonders gestaltete Arten des Werkvertrags sind das Kommissionsgeschäft (§ 137), das Speditionsgeschäft (§ 138), das Transportgeschäft (§ 138), die Auslobung (§ 141) und der Verlagsvertrag (III, 258).

β. Der Mäklervertrag, wobei die versprochene Dienstleistung im Nachweise der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder in der Vermittelung eines Vertrags besteht (8. Titel des 7. Abschnitts, unten § 139; vgl. HGB. 8. Abschnitt des I. Buchs „Handelsmäkler", unten § 140).

γ. Die Verwahrung, wobei sich die versprochene Dienstleistung auf die Aufbewahrung einer vom Gegner übergebenen beweglichen Sache richtet (12. Titel des 7. Abschnitts, unten § 144; vgl. HGB. 5. Abschnitt des III. Buchs, „Lagergeschäft", unten § 145).

---

[1]) Findet nicht ein Umsatz von Dienstleistung gegen Vergütung statt, sondern verpflichtet sich der eine Teil zu einer Dienstleistung ohne Vergütung, so liegt kein Dienstvertrag, sondern Schenkung vor (S. 440). Handelt es sich um unentgeltliche Übernahme einer Geschäftsbesorgung, so liegt ein (im 10. Titel des 7. Abschnitts, unten § 142) besonders geregeltes Auftragsverhältnis vor, zu dessen Begriff nach BGB. § 662 die Unentgeltlichkeit gehört. Es sei aber schon hier darauf hingewiesen, daß durch § 675 die wesentlichen für den Auftrag gegebenen Vorschriften auf einen Dienst- oder Werkvertrag für anwendbar erklärt sind, der eine Geschäftsbesorgung (gegen Vergütung) zum Gegenstande hat.

Digitized by Google

δ. Der Beherbergungsvertrag (unten § 146).

2. Die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag erstrecken sich aber nicht einmal auf alle nach Aussonderung der unter 1. aufgeführten besonderen Verträge übrig bleibenden, also eigentlichen Dienstverträge. Vielmehr sind einzelne derselben wegen ihrer eigenartigen Natur teils reichsgesetzlich, teils landesgesetzlich besonderen Vorschriften unterstellt. Dazu gehören: die handelsrechtlichen Dienstverträge (unten § 132), der gewerbliche Dienstvertrag (unten § 133), der Gesindedienstvertrag (unten § 134), der Staatsdienst (unten § 135), der Vertrag, der bei Inanspruchnahme der Dienste eines Rechtsanwalts (I, 242[8]), Notars (III, 463[14]) oder Gerichtsvollziehers (I, 368[8]) zustande kommt. Diese besonders geordneten Dienstverträge unterstehen den Vorschriften des BGB. über Dienstverträge nur insoweit, als sich aus den Sondergesetzen nichts anderes ergiebt.

c. Nach der Art der versprochenen Dienste unterscheidet man Dienste höherer und niederer Art. Bei den höheren Diensten (operae liberales, zB. Dienste der Lehrer, Anwälte, Ärzte, Künstler) handelt es sich um „nicht vertretbare", durch die besondere geistige Begabung, Kenntnis und Erfahrung einer bestimmten Person ermöglichte Thätigkeiten, bei den niederen Diensten (operae illiberales) um gewöhnliche Arbeiten mechanischer Natur, bei denen die geistige Individualität des Dienstverpflichteten grundsätzlich bedeutungslos ist. Nach rR. war die praktische Bedeutung der vielfach schwierigen (vgl. schon l. 1 D. 50, 13) Unterscheidung zwischen operae liberales und illiberales sehr groß.[2]) Im modernen Recht ist sie zwar fast geschwunden;

[2]) Nur **operae illiberales** waren nach rR. Gegenstand der **locatio conductio operarum** (daher auch „**locari solitae**" genannt). Nur bei ihnen konnte daher der Dienstverpflichtete (**locator operarum**) die Vergütung mit der **actio locati** einklagen. Dagegen galt ein Vertrag auf Leistungen von **operae liberales** (so auf die Erteilung von Unterricht, besonders von Rechtsunterricht, auf Leistung der Dienste eines Arztes, einer Hebeamme, eines Advokaten, eines Mäklers und Feldmessers) nicht als **locatio conductio**, d. h. nicht

Digitized by Google

immerhin spricht auch noch das BGB. von Diensten höherer Art und unterstellt die höheren Dienste gewissen besonderen Rechtsnormen hinsichtlich der Auflösung des Dienstverhältnisses (§§ 622, 627, unten S. 560).

d. Gewissen Sondervorschriften unterstellt sind ferner die Dienstverträge, bei denen der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten auf-

---

als Konsensualkontrakt, sondern als **nudum pactum** (S. 195), und der Dienstverpflichtete konnte daher die versprochene Vergütung nicht einklagen, wenn sie ihm nicht in Stipulationsform versprochen war. Erst im Wege der **extraordinaria cognitio** wurde die Vergütung (als **honorarium** oder **salarium**, „Ehrensold", nicht als **merces**, wie bei der **locatio conductio operarum**) klagbar (I, 238, Digestentitel 50, 13) und es wurden ferner die Verträge über Umsatz gewisser Dienste gegen Geld als Innominatkontrakte (S. 194) behandelt, d. h. eine **actio praescriptis verbis** wurde nach Leistung der Dienste gewährt, so insbesondere auf den Mäklerlohn (**proxeneticum**, Digestentitel 50, 14) und auf die für Empfehlung eines Bittgesuchs versprochene Leistung (sog. **contractus suffragii**).

Nicht klagbar waren die Honorare der Professoren der Philosophie (l. 1 § 4 D. 50, 13: **quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere**) und der Rechtswissenschaft (l. 1 § 5 D. 50, 13: **est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur**). Besonderes galt hinsichtlich der Dienste der Feldmesser. Der **agrimensor** wurde ursprünglich überhaupt nicht als in einem Vertragsverhältnisse stehend betrachtet, daher sollte er auch nur wegen **dolus** (mit einer **actio adversus eum qui falsum modum dixerit**, Digestentitel 11, 6) verantwortlich gemacht werden können.

Merkwürdigerweise wurden künstlerische Arbeiten als **operae illiberales** behandelt; vgl. zB. l. 5 § 2 D. 19, 5, l. 1 § 7 D. 50, 13.

Übrigens war die **locatio conductio operarum** in Rom überhaupt ohne erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, da die **operae illiberales** meist von Sklaven oder Freigelassenen (**operae officiales**, I, 88) besorgt wurden. Sich einem Anderen zum Dienste zu verdingen, galt eines freien Mannes unwürdig. Daher enthalten die Quellen nur sehr wenige Vorschriften über die Dienstmiete.

Gemeinrechtlich war die volle Klagbarkeit der Dienstverträge auf **operae liberales** unstreitig. Sie wurden von manchen jedoch den Grundsätzen des Mandats unterstellt, insbesondere wurde dem Dienstberechtigten jederzeitiger Rücktritt zugebilligt. Dieser Grundsatz ist zum Teil in das BGB. § 627 übernommen (unten S. 560), wie er auch nach ARR. I, 5 § 408 galt.

Digitized by Google

genommen ist (also in dieser Beziehung ein gesindeartiges Verhältnis besteht, S. 585), sowie Dienstverträge, welche eine Geschäftsbesorgung (im Gegensatze zu Handdiensten, vgl. § 196[7]) zum Gegenstande haben; vgl. hierüber §§ 617, 618 Abs. 2 (S. 557[8]) und § 675 (S. 547[1]).

§ 131. Die Dienstverträge des BGB.

a. Begriff.

Wie S. 546 erwähnt, unterstehen den §§ 611 ff. BGB. diejenigen — nicht anderweit geordneten — Verträge, bei welchen der eine Teil die Leistung von Diensten zusagt, wogegen der andere Teil eine Vergütung verspricht.

1. Dienstleistung.

α. Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art — thatsächlicher oder rechtlicher Natur — sein (§ 611 Abs. 2). Der Gepäckträger, der Schauspieler, die Waschfrau, der Hausverwalter, Musiklehrer und Hausarzt — sie alle schließen mit den ihre Thätigkeit in Anspruch Nehmenden Dienstverträge ab.

β. Regelmäßig wird beim Abschlusse von Dienstverträgen die Persönlichkeit des Gegners in Betracht gezogen. BGB. § 613 bestimmt daher, daß einerseits der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat (also nicht durch Vertreter), andererseits der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar (also auch nicht pfändbar, S. 320[7]) ist. Beides gilt aber eben nur „im Zweifel"; in einzelnen Fällen können die Persönlichkeiten des Dienstverpflichteten und des Dienstberechtigten so sehr in den Hintergrund treten, daß die Weigerung, die Dienste von einem Ersatzmann anzunehmen oder sie einem Cessionar des Dienstberechtigten zu leisten, Chikane sein würde.

Kann sich hiernach der Dienstverpflichtete grundsätzlich bei Leistung der Dienste nicht vertreten lassen, so ist er andererseits zur Zuziehung von Gehülfen grundsätzlich befugt. Er haftet dann für Verschulden seiner Gehülfen

Digitized by Google

ohne weiteres gemäß § 278 (S. 127). Wird der Dienstberechtigte durch einen Gehülfen geschädigt, ohne daß diesen ein Verschulden trifft, so haftet der Dienstverpflichtete nur, wenn ihn ein eigenes Verschulden trifft, also bei culpa in eligendo oder in custodiendo. Ist nach Lage des Falls die Zuziehung des Gehülfen unberechtigt gewesen, so liegt schon in dieser die Schadenszufügung ermöglichenden Zuziehung ein zum Ersatze verpflichtendes Verschulden.

γ. Ein Dienstvertrag liegt nur vor, wenn der eine Teil sich zu Diensten verpflichtet, nicht, wenn er sich nur verpflichtet, Andere zur Leistung von Diensten zu bewegen. Ein solcher „Dienstverschaffungsvertrag" fällt vielmehr unter den Begriff des Mäklervertrags (S. 547).

2. Vergütung.

α. Nach rR. wurde ein Vertrag über Leistung von Diensten nur dann als locatio conductio operarum (d. h. als Konsensualkontrakt, S. 195) behandelt, wenn die Gegenleistung in Geld bestimmt war. War eine andere Art der Vergütung vereinbart, so lag ein Innominatkontrakt (facio ut des oder ut facias, S. 194) vor. Nach BGB. ist die Art der Vergütung für den Begriff des Dienstvertrags gleichgültig; die Vergütung kann vielmehr außer in Geld auch in Sachleistungen (zB. in Gewährung freier Wohnung, so bei Hauswarten, Gärtnern, Gutshandwerkern) oder Gegendiensten bestehen (anders beim gewerblichen Arbeitsvertrage, Verbot des Truckſystems, S. 253[2]).

Über die Pfändung des Arbeits- und Dienstlohns vgl. oben S. 321[8] und I, 572[37], über die besondere Bevorzugung des Dienstlohns im Konkurse KO. § 61[1] (I, 629[10]), in der Zwangsversteigerung ZwVG. § 10[2] und I, 585.

β. Die Bemessung der Vergütung kann nach verschiedenen Grundsätzen erfolgen: entweder nach der Arbeitszeit (Tagelohn) oder nach dem erzielten Arbeitsergebnisse (Stücklohn, zB. auch das Spielhonorar des Schauspielers, sog. Akkordarbeit).[1]) Zuweilen wird die Vergütung

[1]) Durch die Bemessung der Vergütung nach dem Arbeitsergebnis ähnelt die Akkordarbeit dem Werkvertrag. Akkordvertrag

Digitized by Google

auch nach dem vom Dienstberechtigten mit Hülfe des Dienstverpflichteten erzielten Gewinne bestimmt (Gewinnbeteiligung, Tantieme).[2])

γ. Ebensowenig wie beim Kaufe (S. 382) und bei der Miete (S. 463) bedarf es bei der Eingehung eines Dienstvertrags der vorherigen Vereinbarung, daß für die versprochenen Dienste eine Vergütung zu zahlen ist und wie hoch diese sein soll. Vielmehr bestimmt BGB. § 612:

a. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.[3])

---

und Werkvertrag unterscheiden sich aber deutlich, wenn man nicht auf die Leistung des Dienstberechtigten (d. h. auf die Vergütung), sondern auf die Leistung des Dienstverpflichteten blickt. Der Akkordarbeiter leistet einzelne Dienste nach den besonderen Anordnungen des Dienstberechtigten, und nur hierauf geht seine Verpflichtung. Der Werkmeister leistet ein Werk, ein Arbeitsergebnis, hierauf geht seine Verpflichtung; wie er das Werk herstellt, ist seine Sache.

[2]) Im modernen Geschäftsverkehre kommt der (sozialistische) Grundsatz der Beteiligung der Gewerbe- und Handlungsgehülfen an dem vom Geschäftsherrn erzielten Gewinn immer mehr in Aufnahme. Besonders häufig erhalten Verkäufer, Reisende, Versicherungsagenten neben einem festen Gehalt oder an dessen Stelle einen gewissen Prozentsatz der von ihnen erzielten Umsätze (Provision). Für Handlungsgehülfen gelten dann gemäß HGB. § 65 die für Handlungsagenten gegebenen §§ 88, 91 HGB. Für den Fall, daß die Vergütung nicht vom Umsatz (also als „Provision"), sondern von dem Geschäftsgewinn (also als „Tantieme") bedungen ist, ist § 65 HGB. nicht anwendbar. Über das Verhältnis eines solchen „commis interessé" zum Geschäftsherrn mangelt es vielmehr an gesetzlichen Vorschriften. An dem Dienstverhältnis als solchem wird durch die Gewinnbeteiligung nichts geändert. Der commis interessé erhält also nicht etwa die Stellung eines Gesellschafters, und der Dienstherr ist insbesondere allein zur Geschäftsleitung befug. Nur kann der commis interessé verlangen, daß ihm die Nachprüfung des ihm vom Geschäftsherrn berechneten Geschäftsgewinns (durch Vorlegung der Bücher und der Bilanz) ermöglicht werde.

[3]) Sehr häufig leisten sich Verwandte, Nachbarn, Freunde Dienste, die sie ursprünglich als bloße „Gefälligkeiten" aufgefaßt wissen wollen, für welche sie jedoch eine Vergütung verlangen, sobald sie sich entzweit haben. Nur nach den Umständen zu entscheiden ist ferner die vielfach streitige Frage, ob Personen, welche

Digitized by Google

b. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.[4])

Erst wenn keine übliche Vergütung sich feststellen läßt (zB. wenn ein berühmter Maler und Musiker ausnahms-

---

an Zeitungen usw. unverlangte Beiträge einsenden, nach erfolgtem Abdrucke honorarberechtigt sind.

Ausdrücklich bestimmt ist, daß:

a. Gesellschafter bei der Auseinandersetzung für Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, keinen Ersatz beanspruchen können (§ 733);

b. die Ehefrau dem Manne gegenüber und die dem elterlichen Hausstand angehörenden Kinder — solange sie von den Eltern erzogen und erhalten werden — den Eltern gegenüber zur Dienstleistung im Hauswesen und Geschäfte verpflichtet sind, ohne Entgelt beanspruchen zu können (§§ 1356, 1617);

c. der Vormund (Gegenvormund, Pfleger §§ 1897, 1915) für die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehörenden dem Mündel geleisteten Dienste Vorschuß oder Ersatz verlangen kann (§ 1835);

d. jeder Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, dafür auch ohne Verabredung Vergütung fordern kann (HGB. § 354).

[4]) Solche Taxen können — da sie an sich der das Reichsgewerberecht beherrschenden Gewerbefreiheit widersprechen — nach der Reichsgewerbeordnung §§ 72 ff. nur aufgestellt werden: für Lohnbediente und öffentlich aufgestellte Transportmittel (§ 76), für Schornsteinfeger, wenn ihnen ausschließliche Kehrbezirke zugewiesen sind (§ 77), und für solche Gewerbetreibende, die nach § 36 von den Behörden zu beeiden und anzustellen sind (§ 78, Feldmesser, Auktionatoren, Marktscheider, Personen, welche die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waren feststellen, zB. Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer). Die Bezahlung der Medizinalpersonen bleibt der Vereinbarung überlassen. Als Norm für streitige Fälle im Mangel einer Vereinbarung können jedoch für dieselben Taxen festgesetzt werden (§ 80). Dies ist zB. in Preußen geschehen durch die vom Kultusminister erlassene Gebührenordnung für approbierte Ärzte und Zahnärzte vom 15. Mai 1896, nachdem die älteren Taxordnungen durch PrG. vom 27. April 1896 aufgehoben waren.

Derartige Taxen treten, wie § 612 Abs. 2 ausspricht, nur mangels anderweiter Vereinbarung ein. Wenn ich also einen Droschkenkutscher frage: „Fahren Sie mich für 1 Mk. nach der Oper?“ und er bejaht, dann kann er nicht später 1,50 Mk. fordern

Digitized by Google

weise Unterricht erteilt), ist der allgemeine Grundsatz des § 316 (S. 204) anwendbar, nämlich die Bestimmung durch das billige Ermessen des Dienstverpflichteten. Beansprucht der Dienstverpflichtete eine angemessene Vergütung, während der Dienstberechtigte eine bestimmte Vereinbarung der Höhe behauptet, so trifft den ersteren die Beweislast. Es gilt hier das Gleiche wie beim Kaufe (S. 383).

b. Abschluß des Dienstvertrags.

Der Dienstvertrag wird, wie schon nach römischem und Gemeinem Rechte, so auch nach BGB. formlos[5]) geschlossen. Für die Befähigung zum Abschlusse gelten die allgemeinen Regeln. Da beide Teile Pflichten übernehmen, so ist beiderseitige Verpflichtungsfähigkeit grundsätzliche Voraussetzung. Für einen Verpflichtungsunfähigen schließt

---

mit der Begründung, dies wäre die taxmäßige Gebühr. Regelmäßig (zB. nicht bei Ärzten, wohl aber bei Transportmitteln) hat die Taxe aber die weitere Bedeutung, daß gegen Erlegung der Taxe die Dienstleistung von einem jeden beansprucht werden kann. Der Droschkenkutscher muß also zB. bei Vermeidung der hierfür im Droschkentarife festgesetzten Folgen (Strafe, Entziehung der Fahrerlaubnis) für die Taxe fahren.

[5]) Der Dienstvertrag kann also auch durch konkludente Handlungen (stillschweigend) und durch Nichterklärung auf einen Dienstantrag (durch Stillschweigen) geschlossen werden. In letzterer Beziehung kommen die III, 449 dargelegten Grundsätze zur Anwendung. Der Dienstvertrag gilt hiernach bei Nichterklärung des Gegners auf einen Antrag nur dann als geschlossen, wenn diese Folge durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift bestimmt ist (zB. HGB. § 362) oder sich nach Lage des einzelnen Falls als zwingend ergiebt. Zuweilen gilt beim Schweigen des Antragsgegners zwar nicht der Dienstvertrag als geschlossen, der Antragsgegner wird aber schadensersatzpflichtig, wenn er die Ablehnung des Antrags nicht unverzüglich erklärt. Dies gilt nach BGB. §§ 675, 663 für Dienstanträge zu Geschäftsbesorgungen, welche an Personen gerichtet werden, die zur Besorgung derartiger Geschäfte öffentlich bestellt sind oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber gegenüber erboten haben. Vgl. ferner Rechtsanwaltsordn. v. 1. 7. 78 § 30: „Der Rechtsanwalt, dessen Berufsthätigkeit in Anspruch genommen wird, ist verpflichtet, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er den durch die Verzögerung erwachsenden Schaden zu ersetzen hat."

Digitized by Google

der gesetzliche Vertreter den Dienstvertrag.[6]) Jedoch ist einerseits nach § 113 (III, 412) der Minderjährige, wenn er einmal von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt worden ist, in Dienst oder Arbeit zu treten, für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Andererseits kann eine Ehefrau, obgleich sie nach BGB. voll verpflichtungsfähig ist (II, 684[8]), ein Dienstverhältnis vollwirksam nur mit Zustimmung des Ehemanns oder des Vormundschaftsgerichts eingehen; denn ohne dies könnte der Mann gemäß § 1358 das Dienstverhältnis mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts durch Kündigung jederzeit zur Auflösung bringen.

c. Inhalt des Dienstvertrags.

1. Allgemeines.

Der Dienstvertrag untersteht als gegenseitiger Vertrag an sich den §§ 320 ff. (S. 207). Gemäß § 276 haftet jeder Teil dem anderen für (geringe) Fahrlässigkeit. Als solche ist es regelmäßig anzusehen, wenn jemand sich zu Dienstleistungen verpflichtet, zu deren Vornahme ihm die Kenntnisse und die Erfahrung fehlen (so schon l. 9 § 5 D. 19, 2: „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam scripsit“). Einzelne der für die gegenseitigen Verträge gegebenen Vorschriften sind aber durch Sonderbestimmungen außer Kraft gesetzt oder abgeändert.

α. An die Stelle des Grundsatzes der Zug um Zug-Leistung (S. 211) tritt (wie bei der Miete § 551, S. 475) der Grundsatz, daß die Vergütung nach Leistung der Dienste zu entrichten ist, daß also der Dienstverpflichtete vorzuleisten

---

[6]) Nach § 1822[7] bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll. Das Vormundschaftsgericht soll vorher den Mündel hören (§ 1827).

Digitized by Google

hat. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten (Tagen, Wochen, Monaten) bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten (§ 614).

β. Wie bei der Miete (S. 475), so gilt auch beim Dienstvertrag an sich die Regel: „periculum est locatoris", d. h. der Dienstverpflichtete erhält die Vergütung grundsätzlich nur für die Dienste, die er leistet. Das entspricht dem für die gegenseitigen Verträge überhaupt geltenden § 323 (S. 214). Als geleistet gelten jedoch nach § 615 auch diejenigen Dienste, mit deren Annahme der Dienstberechtigte in Verzug gerät: der Dienstverpflichtete kann auch für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert dessen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (ebenso schon l. 19 § 9, l. 38 pr. D. 19, 2).

Von dem eben erwähnten Grundsatze, daß nur geleistete oder als geleistet geltende Dienste zu vergüten sind, macht § 616 aus Gründen der Billigkeit eine Ausnahme. Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird (z.B. im Fall einer Erkrankung, Einziehung zu einer militärischen Übung, Ladung als Zeuge). Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt (vgl. HGB. § 63, unten S. 565, und Gewerbeordnung § 133 c).[7])

---

[7]) Wenn also A. bei B. eine Violinstunde von 9—10 haben soll, aber erst um $^3/_4$10 erscheint, so kann B. doch das Honorar für die ganze Stunde beanspruchen, ebenso wenn B. 10 Minuten vor 10 unwohl wird. Hat A. mit einem anderen Schüler B.s, der von 10—11 Stunde hat (C.), vereinbart, daß C. von 9—10, A. von 10—11 Stunde haben soll, und erscheint C. unter Mitteilung des

Digitized by Google

2. Sozialpolitische Pflichten des Dienstherrn.

Dem die neuere Rechtsentwickelung beherrschenden (katheder-sozialistischen, I, 5[8]) Gedanken der Ausgleichung der Klassenunterschiede durch Fürsorge für die Arbeiter als die „wirtschaftlich Schwachen" giebt das BGB. in den §§ 617, 618 Raum, wonach der Dienstherr unter gewissen Voraussetzungen zur Pflege des Dienstverpflichteten in Krankheitsfällen, sowie zu Schutzmaßregeln verpflichtet ist.[8]) Diese

---

Sachverhalts um 9 bei B., so braucht ihm dieser zwar keine Stunde zu geben, er kann dann aber auch von dem ausgebliebenen A. nichts beanspruchen.

Unter welchen Voraussetzungen der Dienstberechtigte in Annahmeverzug gerät, das läßt sich nur nach dem einzelnen Falle bestimmen. Hierbei ist zu beachten, daß es für den Eintritt des Annahmeverzugs eines Verschuldens des Dienstberechtigten (als des Gläubigers) nicht bedarf (S. 150). Ein Lehrer erhält daher auch die Stunden bezahlt, die der Schüler krankheitshalber versäumen muß. Vielfach muß der Dienstberechtigte eine Thätigkeit vornehmen, mit deren Unterlassung er in Verzug gerät, besonders dem Dienstverpflichteten Arbeiten anweisen (z.B. ich nehme einen Dienstmann zur Besorgung von Botengängen für die Stunden von 8—12 morgens an) oder die Gerätschaften beschaffen, mittelst derer der Dienstverpflichtete die Dienste leisten soll (der Klavierlehrer kommt zu der vereinbarten Stunde ins Haus seines Schülers, findet aber kein Klavier vor; anders wenn die Stunde im Hause des Lehrers zu geben war und dessen Klavier unbrauchbar ist).

[8]) § 617: „Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht. Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung

Digitized by Google

(nach EGBGB. Art. 95 Abs. 2 auch für das im übrigen den Landesgesetzen überlassene Gesinderecht maßgebenden, S. 585) Vorschriften sind in § 619 zu jus cogens erklärt: „Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus[9]) durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden".

Da ferner bei Eingehung von Dienstverträgen der Dienstberechtigte regelmäßig das materielle und moralische Übergewicht hat, so ist durch die §§ 622 (S. 560[10]), 624 (S. 559), 629, 630 (S. 562) dafür Sorge getragen, daß

---

der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist". Diese Vorschrift ist den Bestimmungen der Gesindeordnung nachgebildet und bezieht sich auf die dieser nicht unterworfenen Personen (Handwerker, Hauslehrer, Hausgeistliche); vgl. S. 585[2].

§ 618: „Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind. Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 entsprechende Anwendung". Bricht also zB. die Reinmachefrau mit der morschen Stehleiter zusammen oder wird der Waschfrau gesundheitsschädliche Seife übergeben, so ist der Dienstberechtigte schadensersatzpflichtig. Natürlich sind nur solche Vorkehrungen zu treffen, deren Unterlassung nach der Auffassung des Verkehrs als schuldhafte Sorglosigkeit zu betrachten ist. Wenn also die Reinmachefrau beim Fensterputzen auf die Straße stürzt, so kann der Dienstberechtigte nicht dafür mit der Begründung verantwortlich gemacht werden, daß durch Anbringung eines Netzes vor dem Fenster der Unglücksfall hätte vermieden werden können. Anders wenn ein Cirkusdirektor das Spannen eines Fangnetzes unterläßt und deshalb ein von ihm beschäftigter Trapezkünstler verunglückt.

[9]) Wohl aber kann nach Lösung des Dienstverhältnisses der für den Dienstberechtigten auf Grund der §§ 617, 618 entstandene Anspruch durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Digitized by Google

nicht der Dienstberechtigte sich dieses Übergewichts in einer den Dienstverpflichteten seiner Willkür preisgebenden Weise bedient. Endlich ist bei Dienstverträgen die Realexekution durch CPO. § 888 (I, 530[1]) für unzulässig erklärt.

d. Endigung des Dienstverhältnisses.

1. Zeitablauf.

Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist (§ 620 Abs. 1). Die Dienstzeit kann entweder ausdrücklich bestimmt sein oder sich aus der Natur des Dienstvertrags ergeben (zB. Annahme von Arbeitern durch einen Möbelfuhrmann für die Umzugszeit, durch einen Eisbahnpächter usw.).

Aus volkswirtschaftlichen Gründen, insbesondere um die Entstehung dauernder Abhängigkeitsverhältnisse (vgl. II, 628[2]) zu verhindern, läßt das BGB. eine Bindung des Verpflichten auf höchstens $5^1/_2$ Jahre zu: „Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate" (§ 624). Diese Vorschrift kann als jus cogens selbstverständlich durch Vertrag nicht beseitigt werden (gilt übrigens auch für das Gesinderecht EGBGB. Art. 95 Abs. 2; S. 584).

2. Kündigung.

Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt, noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Teil das Dienstverhältnis kündigen.

a. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so kann die Kündigung zum Ende eines solchen erfolgen.[10])

---

[10]) Und zwar bei Bemessung der Vergütung:
nach Tagen: an jedem Tage für den folgenden Tag;
nach Wochen: am ersten Werktage der Kalenderwoche für deren Schluß;
nach Monaten: am 15. zum Schlusse des Kalendermonats;

Digitized by Google

β. Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so kann das Dienstverhältnis jederzeit gekündigt werden; bei einem die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnis ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten (§ 623); vgl. die gleiche Vorschrift der RGO. § 122 (S. 579).

3. Auflösung ohne Kündigungsfrist.

α. Das Dienstverhältnis kann von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 626).

β. Hat der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so ist die Kündigung auch ohne die im § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig. Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 627). Es handelt sich hierbei um die Dienstverträge mit Ärzten, Künstlern, Lehrern, Rechtsanwälten usw., nicht aber um fest angestellte Personen (Gutsverwalter, Syndikus, Leibarzt, Hofmeister).

γ. In beiden Fällen kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung

---

nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten: mit sechswöchiger Kündigung zum Schlusse des Kalendervierteljahrs (§ 621).

Das Dienstverhältnis der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art (S. 548) Angestellten, deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältnis vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten, Gesellschafterinnen, kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist (§ 622).

Digitized by Google

verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teils, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben.[11]) Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet (§ 628).

δ. Über das Recht des Ehemanns zur sofortigen Auflösung eines von der Ehefrau eingegangenen Dienstverhältnisses vgl. BGB. § 1358 (oben S. 555).

4. Sonstige Endigungsgründe.

α. Unmöglichwerden der Leistung führt gemäß §§ 275 (S. 107), 323 ff. (S. 214) die Auflösung des Dienstverhältnisses herbei.

β. Der Tod einer der Parteien wird wegen der regelmäßig persönlichen Natur des Dienstverhältnisses (§ 613, S. 550) meist die Unmöglichkeit einer weiteren Leistung und damit die Auflösung des Dienstverhältnisses bewirken. Selbst in den Ausnahmefällen jedoch, in welchen der Dienstverpflichtete die Dienste auch durch einen Anderen leisten und der Dienstberechtigte den Anspruch auf die Dienste übertragen kann, kann der Tod einer Partei einen die sofortige Kündigung ermöglichenden „wichtigen Grund" im Sinne des § 626 bilden.

γ. Beim Konkurse des Dienstberechtigten kann jeder Teil mit der gesetzlichen Frist (oder der bedungenen, sofern diese kürzer ist) kündigen. Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die

[11]) Wenn also Frau A. die auf den Tag angenommene Plätterin oder Waschfrau mittags entläßt, weil sie nicht plätten oder waschen kann, so braucht sie ihr auch den Vormittag nicht zu bezahlen, wenn das von ihr bisher Gelieferte unbrauchbar ist. Anders wenn die Entlassung zB. erfolgt, weil Frau A. von ihr beleidigt ist.

Digitized by Google

Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen (KO. § 22, vgl. I, 649[27]). Der Konkurs des Dienstverpflichteten kann ein „wichtiger Grund" im Sinne des § 626 sein.

Nach KO. § 23 Abs. 2 erlischt ein Dienstvertrag, durch den sich jemand zu einer Geschäftsbesorgung für den Gemeinschuldner verpflichtet, mit der Konkurseröffnung von selbst, es sei denn, daß er sich auf das nicht zur Konkursmasse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners (I, 650[27]) bezieht.

5. Pflichten des Dienstberechtigten nach der Auflösung dauernder Dienstverhältnisse.

α. Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren (§ 629).

β. Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses kann der Verpflichtete von dem anderen Teil ein schriftliches Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken (§ 630); vgl. RGO. §§ 113, 129 (S. 578) und HGB. §§ 73 und 80 (S. 567).

§ 132. Die Dienstverträge des Handelsrechts.

Als handelsrechtliche Dienstverträge kommen in Betracht: die Dienstverträge eines Kaufmanns mit Handlungsgehülfen und Handlungslehrlingen (HGB. Buch I, Abschnitt 6 §§ 59—83) [1]) sowie mit Handlungsagenten (HGB. Buch I, Abschnitt 7 §§ 84—92); ferner die Dienstverträge des Schiffahrtsverkehrs. Auf diese Verträge finden die Vorschriften des BGB. über Dienstverträge nur an zweiter

[1]) Während das (neue) HGB. gleichzeitig mit dem BGB. am 1. Januar 1900 in Kraft trat, ist der die Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge betreffende 6. Abschnitt des I. Buchs — mit Ausnahme des § 65, oben S. 552[2] — bereits am 1. Januar 1898 in Kraft getreten (EGHGB. Art. 1, II, 425).

Digitized by Google

Stelle Anwendung, sofern nämlich das HGB. und die Sondergesetze keine Bestimmungen enthalten.

a. Handlungsgehülfen.

1. Begriff.

Handlungsgehülfe[2]) **ist eine Person, die in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.**[3])

---

[2]) Das alte HGB. (Art. 57) umfaßte mit dem Ausdrucke „Handlungsgehülfen" die „Handlungsdiener" und die „Handlungslehrlinge". Das neue HGB. bezeichnet als „Handlungsgehülfen" die „Handlungsdiener" des alten HGB. und stellt ihnen die „Handlungslehrlinge" gegenüber, ohne für diese beiden Klassen kaufmännischer Hülfspersonen einen gemeinschaftlichen Ausdruck zu haben.

[3]) In dieser Begriffsbestimmung liegen folgende Merkmale:

a. Handlungsgehülfe ist nur, wer in einem Handelsgewerbe, also bei einem Kaufmanne (HGB. § 1), beschäftigt ist. Ein Gutsbuchhalter ist also nur Handlungsgehülfe, wenn der Gutsbesitzer sich gemäß § 3 HGB. (wegen des Betriebs eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes) in das Handelsregister hat eintragen lassen.

b. Handlungsgehülfe ist nur, wer angestellt, d. h. zu einem Prinzipal in ein dauerndes Abhängigkeitsverhältnis getreten ist. Kein Handlungsgehülfe ist also z.B. der Ehemann einer Handelsfrau, der Agent (S. 569), der Kommissionär (S. 625), meist auch nicht der sog. Provisionsreisende.

c. Handlungsgehülfe ist nur, wer zur Leistung kaufmännischer Dienste angenommen ist, u. zw. gegen Entgelt (also nicht ein sog. Volontär, wohl aber der sog. commis intéressé, vgl. S. 552[2]).

d. Das „Personal" eines Kaufmanns setzt sich zusammen:

1. aus Personen, die kaufmännische Dienste leisten. Hierzu gehören die Angestellten, deren Thätigkeit sich unmittelbar auf die Geschäfte bezieht, welche den Gewerbebetrieb des Geschäftsinhabers zum Handelsgewerbe im Sinne des HGB. (§§ 1 ff.) stempeln, also insbesondere auf den Warenumsatz und die Buchführung hierüber. Diese Personen sind Handlungsgehülfen;

2. aus Personen, die gewerbliche (technische) Dienste leisten. Diese Angestellten sind nicht Handlungs-, sondern Gewerbegehülfen; der mit ihnen abgeschlossene Dienstvertrag untersteht also nicht den Vorschriften des HGB., sondern denen der RGO. Vielfach wird es zweifelhaft sein, ob ein Angestellter kaufmännische oder gewerbliche Dienste leistet (was besonders für die Länge der Kündigungsfrist — HGB. § 66 im Gegensatze zur RGO. § 122 — praktisch bedeutungsvoll ist), weil die Angestellten vielfach beide Arten von Diensten zu

Digitized by Google

Mangels besonderer Vereinbarungen über Art und Umfang seiner Dienstleistungen und über die ihm zukommende Vergütung tritt der Ortsgebrauch ein. In Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart (§ 59). Ist bedungen, daß der Handlungsgehülfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle, so gilt er hinsichtlich der Provision und der Abrechnung als Handlungsagent (§ 65, S. 552[2]).

2. Konkurrenzverbot.

Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.[4]) Die Einwilligung zum

---

leisten haben (zB. Oberkellner, die die Bücher führen, Direktricen, die Kunden bedienen, Techniker, die Rohmaterialien einkaufen). Entscheidend ist dann, welche Thätigkeit unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falls als die vorwiegende anzusehen ist;

3. aus Personen, welche gewöhnliche Hülfsdienste leisten (Hausknechte, Kutscher, Ausläufer, Reinmachefrauen). Sie unterstehen weder dem HGB. noch der RGO., sondern den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag und, falls sie zur häuslichen Gemeinschaft des Prinzipals gehören, der Gesindeordnung, vgl. HGB. § 83.

Vom Handlungsgehülfen begrifflich streng zu scheiden ist der Handlungsbevollmächtigte. Vielfach werden allerdings auch die Handlungsgehülfen zu Handlungsbevollmächtigten bestellt, und gewisse Klassen der Handlungsgehülfen sind sogar kraft Gesetzes ermächtigt, bestimmte Geschäfte für den Prinzipal vorzunehmen (Reisende § 55, die in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten, § 56); vgl. III, 568. Es giebt aber zahlreiche Handlungsgehülfen, die keine Handlungsvollmacht haben (zB. die sog. Lageristen), und andererseits Handlungsbevollmächtigte, die nicht Handlungsgehülfen sind (zB. wenn der Prinzipal seiner Frau Prokura erteilt).

[4]) Nach Art. 59 des alten HGB. durfte der Handlungsgehülfe ohne Erlaubnis überhaupt keine Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen. Nach § 60 des neuen HGB. ist dies dahin beschränkt, daß er (von einem selbständigen Handelsgewerbe, dessen Betrieb ihm ebenfalls untersagt ist, abgesehen) nur in dem Handelszweige des Prinzipals diesem keine Konkurrenz machen soll, es kann also zB. der Angestellte eines Bankiers ein Warengeschäft machen. Während Art. 59 des alten HGB. die unerlaubte Vornahme von

Digitized by Google

Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart (§ 60).

Verstößt der Handlungsgehülfe gegen dies „Konkurrenzverbot", so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete (§ 61). Die Ansprüche verjähren in 3 Monaten von Kenntnis des Geschäfts an, jedenfalls aber in 5 Jahren von dessen Abschluß an (§ 61).

3. Sozialpolitische Pflichten des Prinzipals.

Gleich dem BGB. (S. 557) sorgt auch das HGB. durch ausdrückliche, als jus cogens aufzufassende Vorschriften dafür, daß der Prinzipal sein regelmäßiges wirtschaftliches Übergewicht nicht in einer den Handlungsgehülfen ausbeutenden und in seiner Bewegungsfreiheit übermäßig hemmenden Weise verwendet.

α. Zunächst sind dem Prinzipal durch § 62 hinsichtlich der geschäftlichen Einrichtungen und bei der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft hinsichtlich der Beschaffung der Wohnung und Verpflegung die gleichen Pflichten auferlegt, wie sie jedem Dienstberechtigten nach § 618 BGB. (S. 558[8], vgl. §§ 120 a. b. RGO., S. 578) obliegen.

β. Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus (§ 63). Diese Vorschrift geht einerseits über den § 616 BGB. hinaus,

---

„Handelsgeschäften" verbot, spricht § 60 des neuen HGB. von „Geschäften". Diese veränderte Fassung beruht darauf, daß nach der Sprechweise des HGB., welches „absolute Handelsgeschäfte" nicht mehr kennt (II, 428), Handelsgeschäfte nur die von einem (selbständigen) Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geschlossenen Geschäfte sind.

Digitized by Google

insofern als der Handlungsgehülfe nicht verpflichtet ist, sich den Betrag anrechnen zu lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt (§ 63 Abs. 2). Andererseits ist HGB. § 63 enger, weil er nur „unverschuldetes Unglück" betrifft, nicht zB. militärische Dienstleistungen. In letzterer Beziehung hat der Handlungsgehülfe also nur die Rechte aus BGB. § 616.

γ. Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig (§ 64).

δ. Das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden (§ 66). Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Teile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen. Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden (§ 67).

Die Vorschriften des § 67 finden jedoch keine Anwendung:

a. wenn der Handlungsgehülfe mindestens 5000 Mk. Gehalt bezieht (§ 68 Abs. 1);

b. wenn er für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältnis kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen hat (§ 68 Abs. 2);

c. wenn er nur zu vorübergehender Aushülfe angenommen ist, es sei denn, daß das Dienstverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Die Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Teile gleich sein (§ 69).

ε. Wie nach BGB. § 626 ist auch nach HGB. § 70 die Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig, wenn ein wichtiger Grund

Digitized by Google

vorliegt. Während das BGB. jedoch die Beurteilung, ob ein Umstand einen „wichtigen Grund" bildet, ausschließlich dem richterlichen Ermessen überläßt, stellen die §§ 71, 72 HGB. gewisse Thatsachen fest, welche jedenfalls als „wichtige Gründe" aufzufassen seien, also die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses von der einen oder der anderen Seite begründen sollen, „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen."

ζ. Über die Schranken, unter welchen die sog. „Konkurrenzklausel" zulässig ist, vgl. HGB. §§ 74, 75 (III, 483[2]).

4. Zeugnis.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehülfe ein schriftliches Zeugnis über die Art und Dauer der Beschäftigung fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen des Handlungsgehülfen (aber nur dann, anders bei Handlungslehrlingen, § 80, unten S. 568) auch auf die Führung und die Leistungen auszudehnen (§ 73).

b. Handlungslehrlinge.

Handlungslehrlinge sind Personen, die zur Erlernung des kaufmännischen Gewerbes in den Dienst eines Kaufmanns getreten sind. Sie sind also gleich den Handlungsgehülfen bei einem Kaufmanne zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt. Gewisse der für die Handlungsgehülfen gegebenen Vorschriften finden daher auch auf Handlungslehrlinge Anwendung (HGB. § 76 Abs. 1), nämlich die §§ 60, 61 (Konkurrenzverbot), 62, 63 (sozialpolitische Pflichten des Prinzipals, S. 565, vgl. die Strafbestimmung in § 82), 74, 75 (Beschränkung der Konkurrenzklausel, s. o.). Andererseits werden durch den Umstand, daß ihr Eintritt bei dem Prinzipale wesentlich zum Zwecke des Erlernens erfolgt ist, die gegenseitigen Rechte und Pflichten erheblich beeinflußt.

1. Der Lehrherr hat für die Ausbildung des Lehrlings Sorge zu tragen. Der Lehrling hat zwar — soweit dies der Verkehrsauffassung entspricht — auch andere als kaufmännische Dienste zu leisten (Ladenausfegen, häusliche

Digitized by Google

Arbeiten); dadurch darf aber dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit nicht entzogen werden. Dem Lehrlinge muß ferner an Sonn- und Feiertagen Zeit zum Besuche des Gottesdienstes und, falls er 18 Jahre alt ist, auch die Zeit zum Besuche der Fortbildungsschule gewährt werden (HGB. § 76, RGO. § 120).

Der Prinzipal, welcher die ihm hiernach dem Lehrlinge gegenüber obliegenden Pflichten in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 150 Mark bestraft (HGB. § 82). Außerdem bildet die Vernachlässigung dieser Pflichten einen Kündigungsgrund (§ 77 Abs. 3).

2. Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

α. Das Lehrverhältnis kann, sofern nicht eine längere Probezeit vereinbart ist, während des ersten Monats nach dem Beginne der Lehrzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit länger als drei Monate dauern soll, ist nichtig.

β. Nach dem Ablaufe der Probezeit finden auf die Kündigung des Lehrverhältnisses die Vorschriften der §§ 70—72 (S. 566) Anwendung.

γ. Im Falle des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältnis innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden (§ 77).

3. Bei der Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling ein schriftliches Zeugnis über die Dauer der Lehrzeit und die während dieser erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie über sein Betragen auszustellen (§ 80).

4. Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, dürfen Handlungslehrlinge weder halten noch sich mit der Anleitung von Handlungslehrlingen befassen. Der Lehrherr darf solche Personen zur Anleitung von Handlungslehrlingen nicht verwenden. Die Entlassung von Handlungslehrlingen, welche diesem Verbote zuwider

Digitized by Google

beschäftigt werden, kann von der Polizeibehörde erzwungen werden (§ 81). Außerdem tritt Geldstrafe bis zu 150 Mk. ein (§ 82 Abs. 2).

c. Handlungsagenten.[5])

1. Begriff.

Handlungsagent ist, wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen (des „Geschäftsherrn") Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (§ 84). Er unterscheidet sich hiernach:

α. vom Handlungsgehülfen dadurch, daß er selbständiger Kaufmann ist;

β. vom Handelsmäkler (unten § 140) dadurch, daß er — selbst wenn er gleich einem Mäkler nur mit der Vermittelung, nicht auch mit der Abschließung von Geschäften betraut ist — in einem dauernden Dienstverhältnisse zu dem Geschäftsherrn steht, daher nur dessen Interesse wahrzunehmen und nur von ihm Provision zu fordern hat (§§ 84, 88), während der von Fall zu Fall zu beauftragende Handelsmäkler zwischen den widerstreitenden Interessen der beiden Parteien zu vermitteln hat, daher ihnen beiden haftet (§ 98) und im Zweifel von jeder Partei die Hälfte des Mäklerlohns beanspruchen kann (§ 99);

γ. vom Kommissionär (unten § 137) dadurch, daß er — selbst wenn er Geschäfte nicht nur zu vermitteln, sondern gleich einem Kommissionär abzuschließen hat — dies im Namen des Geschäftsherrn (als unmittelbarer Stellvertreter, III, 546) thut (§ 84 Abs. 1), während der Kommissionär die Geschäfte für Rechnung des Kommittenten, aber in eigenem Namen (also als mittelbarer Stellvertreter) abschließt (§ 383, S. 625).

---

[5]) Die Vorschriften des (neuen) HGB. (Buch I. Abschnitt 7, §§ 84—92) sind völlig neu. Bisher war die Stellung der Handlungsagenten gesetzlich nicht geregelt.

Digitized by Google

2. Rechtsstellung des Agenten.

α. Der Agent hat dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen (§ 84 Abs. 2). Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittelung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntnis erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne (§ 85).

β. Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn, sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders erteilt ist. Die Anzeige von Mängeln einer Ware, die Erklärung, daß eine Ware zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden (§ 86).

γ. Der Agent erhält regelmäßig kein festes Gehalt, sondern eine Vergütung (Provision) für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, das durch seine Thätigkeit zu stande gekommen ist.[6]) Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben. Ist die Ausführung eines Geschäfts infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit dem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten. Die Abrechnung über die

[6]) Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, die in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind (§ 89).

Digitized by Google

zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, am Schluß eines jeden Kalenderhalbjahrs statt (§ 88). Hierbei kann der Handlungsagent die Mitteilung eines Buchauszugs über die provisionspflichtigen Geschäfte verlangen (§ 91).

δ. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen und, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden (§ 92).

d. Dienstverträge des Schiffahrtsverkehrs.

1. Seeschiffahrt.

Die gesetzliche Regelung der durch die Seeschiffahrt hervorgerufenen Dienstverhältnisse ist erfolgt: hinsichtlich des Schiffers, d. h. des Führers eines Seeschiffs (vor allem) in Buch IV (Seehandel) Abschnitt 3 (Schiffer) des HGB. (§§ 511—555), hinsichtlich der Schiffsmannschaft, d. h. der außer dem Schiffer[7]) auf einem Seeschiff angestellten Personen, in der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872, deren Neugestaltung bevorsteht („SO."), hinsichtlich der Bergung und Hülfeleistung in Seenot in Buch IV Abschnitt 8 des HGB. (§§ 740—753).

---

[7]) Schiffer und Schiffsmannschaft werden mit dem Ausdrucke „Schiffsbesatzung" zusammengefaßt; HGB. § 481.

Seeschiffer, Seesteuerleute, Maschinisten der Seedampfschiffe und Lootsen müssen sich über den Besitz der erforderlichen Kenntnisse durch ein Befähigungszeugnis der zuständigen Verwaltungsbehörde ausweisen (RGO. § 31). Die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes kann durch Spruch des (zur Untersuchung von Seeunfällen eingesetzten) Seeamts entzogen werden, wenn sich ergiebt, daß ein deutscher Schiffer oder Steuermann einen Seeunfall oder dessen Folgen infolge des Mangels solcher Eigenschaften, welche zur Ausübung seines Gewerbes erforderlich sind, verschuldet hat.

Besondere Pflichten sind den Führern der Kauffahrteischiffe (III, 331) durch das RG. betr. die Verpflichtung deutscher Kauffahrteischiffe zur Mitnahme hülfsbedürftiger Seeleute vom 27. Dezember 1872 auferlegt.

Digitized by Google

α. Schiffer.

a. Der Schiffer wird, falls er nicht selbst Rheder (d. h. Eigentümer eines ihm zum Erwerbe durch die Seefahrt dienenden Schiffs, HGB. § 484) ist, vom Rheder angestellt („Setzschiffer").

b. Er hat bei allen Dienstverrichtungen die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers anzuwenden und haftet für jeden durch sein Verschulden entstehenden Schaden, und zwar nicht nur dem Rheder, sondern auch unmittelbar dem Befrachter, Ablader und Ladungsempfänger (den sog. Ladungsbeteiligten), dem Reisenden, der Schiffsbesatzung und demjenigen Schiffsgläubiger, dessen Forderung aus einem Kreditgeschäft entstanden ist, insbesondere dem Bodmereigläubiger (§§ 511 ff.).

c. Der Schiffer hat mit dem Steuermann ein Tagebuch zu führen, in welches für jede Reise täglich alle erheblichen Begebenheiten (zB. auch Geburts- und Sterbefälle, vgl. Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 §§ 61 ff.) einzutragen sind. Er hat ferner über alle Unfälle, die sich während der Reise ereignen, mit Zuziehung der Schiffsbesatzung eine „Verklarung" (Feststellung des Thatbestands) vor dem zunächst erreichbaren Gericht oder Reichskonsul abzulegen (§§ 519 ff.).

b. Der Schiffer hat eine gesetzlich umschriebene Vollmacht für den Rheder. Diese erstreckt sich außerhalb des Heimatshafens (d. h. des Hafens, von dem aus die Seefahrt mit dem Schiffe betrieben wird, § 480) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Ausführung der Reise mit sich bringt (§§ 527 ff.: Frachtverträge, Darlehen, Bodmerei, Prozeßführung, Notverkauf), während der Schiffer im Heimatshafen nur zur Annahme der Schiffsmannschaft (§ 526), zur Ausstellung von Konnossementen (§ 642) und zur Prozeßvertretung bei Klagen der Schiffsgläubiger gegen den Rheder (§ 761) ermächtigt ist. Eine beschränktere Vollmacht kraft Gesetzes hat der Schiffer den Ladungsbeteiligten gegenüber (§§ 535 ff.), besonders im Falle der großen Haverei, d. h. aller Schäden, die dem Schiff oder der Ladung oder beiden zum Zwecke der

Digitized by Google

Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch der durch solche Maßregeln ferner verursachten Schäden, ingleichen der Kosten, die zu demselben Zweck aufgewendet werden (§ 700; unten § 138).

e. Der dem Schiffer zustehende Dienstlohn heißt die Heuer. Der Schiffer kann, selbst wenn das Gegenteil vereinbart ist, jederzeit von dem Rheder entlassen werden, jedoch unbeschadet seines Anspruchs auf Entschädigung (§ 545). Über die ihm im Falle seiner Entlassung zustehenden Ansprüche vgl. §§ 546 ff.

f. Der Rheder ist für den Schaden verantwortlich, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt (§ 485; ähnlich war die Haftung des nauta, unten § 146). Der Rheder haftet jedoch für den durch Verschulden der Schiffsbesatzung entstandenen Schaden nicht persönlich, sondern nur mit Schiff und Fracht (dem sog. Schiffsvermögen, der fortune de mer), also nicht auch mit seinen Landvermögen (der fortune de terre, § 486[3]).

β. Schiffsmannschaft.

a. Die Annahme (Anmusterung) und Entlassung (Abmusterung) der Schiffsmannschaft durch den Schiffer erfolgt im Inlande vor einer besonderen Behörde (Seemannsamt, nicht zu verwechseln mit den Seeämtern, S. 571[7], und den Strandämtern, II, 64[8]); im Auslande treten die Reichskonsuln als Seemannsämter ein (SO. § 4). Niemand darf im Bundesgebiet als Schiffsmann in Dienst treten, bevor er sich über Namen, Heimat und Alter vor einem Seemannsamt ausgewiesen und von demselben ein Seefahrtsbuch (Seepaß) ausgefertigt erhalten hat (SO. § 5). Die Anmusterungsverhandlung wird vom Seemannsamt als „Musterrolle" ausgefertigt. Die Musterrolle enthält die Namen des Schiffs, des Schiffers, jedes Schiffsmanns und die Bestimmungen des Dienstvertrags („Heuervertrags"). An- und Abmusterung werden vom Seemannsamt in das Seefahrtsbuch eingetragen (SO. §§ 14, 20).

Digitized by Google

b. Der Schiffsmann ist verpflichtet, in Ansehung des Schiffsdienstes den Anordnungen des Schiffers unweigerlich Gehorsam zu leisten und zu jeder Zeit alle für Schiff und Ladung ihm übertragenen Arbeiten zu verrichten (SO. § 30). Er untersteht der Disziplinargewalt des Schiffers (SO. §§ 72 ff.) und wird, wenn er sich dem Antritt oder der Fortsetzung der Dienste entzieht, bestraft (SO. §§ 81 ff.). Besonders schwer bestraft wird die Schiffsmeuterei.[8]) Andererseits haben Rheder und Schiffer gewisse Pflichten dem Schiffsmanne gegenüber (SO. §§ 43 ff.), deren Vernachlässigung ebenfalls bestraft wird (SO. §§ 96 ff.)

γ. Bergung und Hülfeleistung in Seenot. (HGB. §§ 740 ff.).

a. Wird in einer Seenot ein Schiff oder dessen Ladung ganz oder teilweise, nachdem sie der Verfügung der Schiffsbesatzung entzogen oder von ihr verlassen waren, von dritten Personen an sich genommen und in Sicherheit gebracht, so haben diese Personen Anspruch auf Bergelohn.

b. Wird außer dem vorstehenden Fall ein Schiff oder dessen Ladung durch Hülfe dritter Personen aus einer Seenot gerettet, so haben diese nur Anspruch auf Hülfslohn.

c. Der Schiffsbesatzung des verunglückten oder gefährdeten Schiffs steht ein Anspruch auf Berge- oder Hülfslohn nicht zu.

d. Wird noch während der Gefahr ein Vertrag über die Höhe des Berge- oder Hülfslohns geschlossen, so kann der Vertrag wegen erheblichen Übermaßes der zugesicherten Vergütung angefochten und die Herabsetzung der letzteren auf das den Umständen entsprechende Maß verlangt werden. In Ermangelung einer Vereinbarung ist die Höhe des Berge- oder Hülfslohns unter Berücksichtigung aller

---

[8]) Die Strafbestimmungen der SO. §§ 81—99 (und ebenso des § 298 StGB., Entlaufen mit der Heuer) kommen nach SO. § 100 auch dann zur Anwendung, wenn die strafbare Handlung im Auslande verübt ist, abweichend von § 4 StGB., wonach wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen in der Regel keine Verfolgung stattfindet.

Digitized by Google

Umstände des Falls nach billigem Ermessen in Geld festzusetzen. Der Betrag des Bergelohns soll den dritten Teil des Werts der geborgenen Gegenstände nicht übersteigen; der Hülfslohn ist stets unter dem Betrage festzusetzen, welchen der Bergelohn unter sonst gleichen Umständen erreicht haben würde.

e. Für den Berge- oder Hülfslohn haften grundsätzlich nur die geborgenen Güter dinglich.

f. Über das Strandrecht vgl. Reichsstrandungsordnung vom 17. Mai 1874 (II, 64[8]).

2. Binnenschiffahrt.

Die gesetzliche Regelung der durch die Binnenschiffahrt hervorgerufenen Dienstverhältnisse ist erfolgt in zwei Reichsgesetzen vom 15. Juni 1895 betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt („BSchG.", abgeändert durch Art. 12 EGHGB., in neuer Fassung verkündet unterm 20. Mai 1898) und betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei („FlG.").

α. Schiffseigner ist der Eigentümer eines zur Schiffahrt auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern bestimmten und hierzu von ihm verwendeten Schiffs (BSchG. § 1). Der Erwerbszweck ist also — anders als beim Rheder (HGB. § 484) — kein Begriffsmerkmal des Schiffseigners (also des Binnenrheders).

β. Das Verhältnis der Schiffsbesatzung nach außen hin, gegenüber den Reisenden, Ladungsbeteiligten und Fremden, richtet sich im wesentlichen nach den Grundsätzen des Seerechts. Der Schiffer hat auch eine gesetzliche Vollmacht für den Schiffseigner, und dieser haftet für jeden Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt (BSchG. § 3). Nach innen hin dagegen, dem Schiffseigner gegenüber, bestimmen sich die Verhältnisse der Schiffsmannschaft im wesentlichen nach den Vorschriften der Gewerbeordnung.

Digitized by Google

§ 133. Die Dienstverträge des Gewerberechts.

a. Übersicht.

Die Dienstverhältnisse der gewerblichen Arbeiter (Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter) sind im Titel VII der Reichsgewerbeordnung geregelt. Die ursprüngliche Fassung dieses Titels in der vom Norddeutschen Bund erlassenen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869[1]) ist durch Reichsgesetz vom 17. Juli 1878 sehr verändert worden. In einer durch Allerhöchsten Erlaß des Kaisers vom 4. Februar 1890 angeregten internationalen Arbeiterschutzkonferenz, die im März 1890 in Berlin getagt hatte und in welcher Arbeitgeber und Arbeiter vertreten waren, wurden die hauptsächlichsten Wünsche und Bedürfnisse des Arbeiterstands festgestellt. Auf Grundlage des Ergebnisses dieser Konferenz erging sodann zu der — inzwischen am 1. Juli 1883 in neuer Fassung veröffentlichten — RGO. die Novelle vom 1. Juni 1891, durch welche der Titel VII völlig umgestaltet wurde. Endlich wurde durch eine Novelle vom 26. Juli 1897 (Handwerkergesetz) das Prüfungs- und Lehrlingswesen gänzlich neu geordnet (II, 480; III, 206).[2])

---

[1]) Die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 trat, wie II, 479 dargelegt, an die Stelle des sog. Notgewerbegesetzes vom 8. Juli 1868 und wurde gemäß § 2 des Einführungsgesetzes zur RV. vom 16. April 1871 zum Reichsgesetz erklärt (II, 480). Die RGO. ist das am häufigsten veränderte Reichsgesetz, da die gewerbepolitischen Grundsätze in den letzten 25 Jahren vielfache Wandelungen erlitten haben. Insbesondere ist man von der schrankenlosen Gewerbefreiheit, wie sie die Gewerbeordnung von 1869 beherrschte, längst wieder zurückgekommen.

[2]) Dem Reichstage wurde 1899 ein RG. zum Schutze der gewerblichen Arbeitsverhältnisse vorgelegt, durch welches den Arbeitern, welche im Falle von Ausständen weiterarbeiten, ein erhöhter strafrechtlicher Schutz gegen Beeinflussungen ihrer streikenden Genossen gewährleistet werden sollte (von den Gegnern „Zuchthausvorlage" genannt). Bisher ist der Mißbrauch der in § 152 RGO. gewährleisteten Koalitionsfreiheit nämlich nur dann strafbar, wenn es sich um Streiks zwecks Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen handelte (RGO. § 153, sog. Lohnstreiks), nicht auch für sog. Machtstreiks, bei denen die Arbeiter zur Er-

Digitized by Google

Der VII. Titel der RGO. zerfällt gegenwärtig in sieben Abschnitte:

I. Allgemeine Verhältnisse. II. Verhältnisse der Gesellen und Gehülfen. III. Lehrlingsverhältnisse. IIIa. Meistertitel. IIIb. Verhältnisse der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker. IV. Verhältnisse der Fabrikarbeiter. V. Aufsicht.

b. Allgemeine Verhältnisse.

Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Übereinkunft (RGO. § 105). Solche — als öffentliches Recht — durch Parteivereinbarung nicht zu beseitigenden Beschränkungen sind:

1. Die Sonntagsruhe ist gewährleistet (§§ 105a. ff.). Dies gilt auch für das Handelsgewerbe, nicht aber für Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe, Musikaufführungen, Schaustellungen, theatralische Vorstellungen und sonstige Lustbarkeiten sowie für das Verkehrsgewerbe (§§ 41a, 105b, 105i).

2. Gewerbetreibende, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, dürfen sich, solange ihnen diese Rechte entzogen bleiben, mit der Anleitung von Arbeitern unter achtzehn Jahren nicht befassen (§ 106, vgl. HGB. § 81).

3. Minderjährige Personen dürfen als Arbeiter nur beschäftigt werden, wenn sie mit einem von der Polizei ausgestellten Arbeitsbuche versehen sind. Das Arbeitsbuch soll nur Eintritt und Austritt des Arbeiters nachweisen, nicht — wie das Gesindedienstbuch — auch Zeugnisse enthalten. Die Eintragung eines Urteils über Führung und Leistungen ist vielmehr verboten und

reichung anderer Zwecke (Wiederaufnahme entlassener Arbeiter, Entlassung von Aufsichtsbeamten, Änderungen der Arbeitsordnungen) die Arbeit niederlegen. Durch die Vorlage sollten auch diese Fälle getroffen werden. Der Reichstag hat die Vorlage jedoch im November 1899 abgelehnt.

Digitized by Google

strafbar (§§ 107 ff.). Jedoch kann jeder Arbeiter bei seinem Abgang ein Zeugnis über Art und Dauer seiner Beschäftigung fordern, das auf Verlangen auch auf Führung und Leistungen auszudehnen ist (§ 113, vgl. HGB. §§ 73, 80).

4. Die Löhne müssen bar ausgezahlt werden (§§ 115 ff.); Verbot des Truck- (spr. Tröck) systems, oben S. 253[2].

5. Lohneinbehaltungen, die von Gewerbeunternehmern zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden, dürfen bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohns, im Gesamtbetrage den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohns nicht überschreiten (§ 119a).

6. Den Arbeitern unter 18 Jahren ist der Besuch einer Fortbildungsschule zu gestatten (§ 120, vgl. HGB. § 76).

7. Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, die Arbeitsräume, Betriebsvorrichtungen, Maschinen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und den Betrieb so zu regeln, daß die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, wie es die Natur des Betriebs gestattet (§§ 120a ff.). Die Erfüllung dieser sozialpolitischen Pflichten des Gewerbeunternehmers wird durch Polizeibehörden und besondere Beamte (Gewerbeinspektoren) überwacht (§§ 120d, 139b).

c. Verhältnisse der Gesellen und Gehülfen.[3])

1. Sie sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten

[3]) Unter Gesellen versteht die RGO. regelmäßig gelernte Handwerker, unter Gehülfen gewerbliche Hülfspersonen ohne besondere technische Vorbildung. Der Sprachgebrauch stimmt hiermit nicht immer überein; man spricht zB. von Barbiergehülfen, nicht von Barbiergesellen. Eine praktische Bedeutung hat die Unterscheidung übrigens nicht.

Digitized by Google

und auf die häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten; zu häuslichen Arbeiten sind sie nicht verbunden (§ 121).

2. Mangels besonderer Verabredung[4]) besteht eine beiderseitige vierzehntägige Kündigung. Aus wichtigen Gründen kann das Arbeitsverhältnis jedoch vorzeitig aufgehoben werden (§§ 122—124a). Hat ein Teil rechtswidrig den Arbeitsvertrag vorzeitig aufgehoben, so kann der andere Teil, ohne den Nachweis eines Schadens führen zu müssen, für jeden Tag, höchstens aber für eine Woche, den Betrag des ortsüblichen Tagelohns fordern (§ 124b). Hierfür haftet als Selbstschuldner der Arbeitgeber, der einen Gesellen oder Gehülfen verleitet, vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, oder ihn in Kenntnis davon, daß er einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist, annimmt (§ 125).

d. Lehrlingsverhältnisse.

1. Allgemeine Vorschriften.

α. Die Befugnis zum Halten oder zur Anleitung von Lehrlingen steht Personen, die sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, nicht zu (§ 126) und kann solchen Personen ganz oder auf Zeit entzogen werden, die sich wiederholt grober Pflichtverletzungen gegen

[4]) Keiner besonderen Verabredung bedarf es, wenn ein Gewerbegebrauch besteht, der beiden Teilen bekannt war; denn dann gilt das dem Gewerbegebrauch Entsprechende als vereinbart. Wer also eine andere als die gesetzliche vierzehntägige Kündigung als gewerbegebräuchlich für sich anführt, muß beweisen, daß ein derartiger Gewerbegebrauch besteht und daß der Gegner dies gewußt hat. Anders wenn ein Gewohnheitsrecht geltend gemacht wird (III, 25[4]). Da aber die reichsrechtliche Vorschrift der RGO. nur durch ein Reichsgewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden könnte und ferner die zur Bildung eines solchen erforderliche opinio juris (III, 23) kaum jemals vorliegen dürfte, kommt für die Praxis nur der Gewerbegebrauch in Frage, dieser aber sehr häufig; zB. Schlächtergeselle A. klagt gegen den Schlächtermeister B. Lohn für 14 Tage ein, weil B. ihm am Sonnabend früh zum Sonnabend Abend gekündigt habe. B. behauptet einen in X. bestehenden Gewerbegebrauch, der dem A. beim Arbeitsbeginne bekannt gewesen sei.

Digitized by Google

strafbar (§§ 107 ff.). Jedoch kann jeder Arbeiter bei seinem Abgang ein Zeugnis über Art und Dauer seiner Beschäftigung fordern, das auf Verlangen auch auf Führung und Leistungen auszudehnen ist (§ 113, vgl. HGB. §§ 73, 80).

4. Die Löhne müssen bar ausgezahlt werden (§§ 115 ff.); Verbot des Truck- (spr. Tröck) systems, oben S. 253[3].

5. Lohneinbehaltungen, die von Gewerbeunternehmern zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden, dürfen bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohns, im Gesamtbetrage den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohns nicht überschreiten (§ 119a).

6. Den Arbeitern unter 18 Jahren ist der Besuch einer Fortbildungsschule zu gestatten (§ 120, vgl. HGB. § 76).

7. Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, die Arbeitsräume, Betriebsvorrichtungen, Maschinen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und den Betrieb so zu regeln, daß die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, wie es die Natur des Betriebs gestattet (§§ 120a ff.). Die Erfüllung dieser sozialpolitischen Pflichten des Gewerbeunternehmers wird durch Polizeibehörden und besondere Beamte (Gewerbeinspektoren) überwacht (§§ 120d, 139b).

c. Verhältnisse der Gesellen und Gehülfen.[3])

1. Sie sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten

[3]) Unter Gesellen versteht die RGO. regelmäßig gelernte Handwerker, unter Gehülfen gewerbliche Hülfspersonen ohne besondere technische Vorbildung. Der Sprachgebrauch stimmt hiermit nicht immer überein; man spricht z.B. von Barbiergehülfen, nicht von Barbiergesellen. Eine praktische Bedeutung hat die Unterscheidung übrigens nicht.

Digitized by Google

und auf die häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten; zu häuslichen Arbeiten sind sie nicht verbunden (§ 121).

2. Mangels besonderer Verabredung[4]) besteht eine beiderseitige vierzehntägige Kündigung. Aus wichtigen Gründen kann das Arbeitsverhältnis jedoch vorzeitig aufgehoben werden (§§ 122—124a). Hat ein Teil rechtswidrig den Arbeitsvertrag vorzeitig aufgehoben, so kann der andere Teil, ohne den Nachweis eines Schadens führen zu müssen, für jeden Tag, höchstens aber für eine Woche, den Betrag des ortsüblichen Tagelohns fordern (§ 124b). Hierfür haftet als Selbstschuldner der Arbeitgeber, der einen Gesellen oder Gehülfen verleitet, vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, oder ihn in Kenntnis davon, daß er einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist, annimmt (§ 125).

d. Lehrlingsverhältnisse.

1. Allgemeine Vorschriften.

α. Die Befugnis zum Halten oder zur Anleitung von Lehrlingen steht Personen, die sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, nicht zu (§ 126) und kann solchen Personen ganz oder auf Zeit entzogen werden, die sich wiederholt grober Pflichtverletzungen gegen

[4]) Keiner besonderen Verabredung bedarf es, wenn ein Gewerbegebrauch besteht, der beiden Teilen bekannt war; denn dann gilt das dem Gewerbegebrauch Entsprechende als vereinbart. Wer also eine andere als die gesetzliche vierzehntägige Kündigung als gewerbegebräuchlich für sich anführt, muß beweisen, daß ein derartiger Gewerbegebrauch besteht und daß der Gegner dies gewußt hat. Anders wenn ein Gewohnheitsrecht geltend gemacht wird (III, 25[4]). Da aber die reichsrechtliche Vorschrift der RGO. nur durch ein Reichsgewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden könnte und ferner die zur Bildung eines solchen erforderliche opinio juris (III, 23) kaum jemals vorliegen dürfte, kommt für die Praxis nur der Gewerbegebrauch in Frage, dieser aber sehr häufig; zB. Schlächtergeselle A. klagt gegen den Schlächtermeister B. Lohn für 14 Tage ein, weil B. ihm am Sonnabend früh zum Sonnabend Abend gekündigt habe. B. behauptet einen in X. bestehenden Gewerbegebrauch, der dem A. beim Arbeitsbeginne bekannt gewesen sei.

Digitized by Google

die ihnen anvertrauten Lehrlinge schuldig gemacht haben, oder gegen welche Thatsachen vorliegen, die sie in sittlicher Beziehung zum Halten oder zur Anleitung von Lehrlingen ungeeignet erscheinen lassen (§ 126a).

β. Der Lehrvertrag ist binnen vier Wochen nach Beginn der Lehre schriftlich abzuschließen.

γ. Der Lehrherr ist verpflichtet, den Lehrling in den bei seinem Betriebe vorkommenden Arbeiten des Gewerbes dem Zwecke der Ausbildung entsprechend zu unterweisen, ihn zum Besuche der Fortbildungs- oder Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen. Er muß entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter die Ausbildung des Lehrlings leiten, den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anhalten und vor Ausschweifungen bewahren; er hat ihn gegen Mißhandlungen seitens der Arbeits- und Hausgenossen zu schützen und dafür Sorge zu tragen, daß dem Lehrlinge nicht Arbeitsverrichtungen zugewiesen werden, die seinen körperlichen Kräften nicht angemessen sind. Er darf dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung und zum Besuche des Gottesdienstes an Sonn- und Feiertagen erforderliche Zeit und Gelegenheit nicht entziehen. Zu häuslichen Dienstleistungen dürfen Lehrlinge, welche im Hause des Lehrherrn weder Kost noch Wohnung erhalten, nicht herangezogen werden (§ 127). Der Lehrling ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen (§ 127a).

δ. Für die Beendigung des Lehrverhältnisses gelten im wesentlichen die S. 568 hinsichtlich der Handlungslehrlinge angeführten Grundsätze (§§ 127b — 127g).

ε. Wenn der Lehrherr eine im Mißverhältnisse zu dem Umfang oder der Art seines Gewerbebetriebs stehende Zahl von Lehrlingen hält und dadurch die Ausbildung der Lehrlinge gefährdet erscheint, so kann dem Lehrherrn von der unteren Verwaltungsbehörde die Entlassung eines entsprechenden Teils der Lehrlinge auferlegt und die Annahme von Lehrlingen über eine bestimmte Zahl hinaus untersagt werden (§ 128).

Digitized by Google

2. Besondere Bestimmungen für Handwerker.

α. In Handwerksbetrieben steht die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen nur denjenigen Personen zu, welche das 24. Lebensjahr vollendet haben und in dem Gewerbe oder dem Zweige des Gewerbes, in welchem die Anleitung der Lehrlinge erfolgen soll:

entweder die von der Handwerkskammer vorgeschriebene Lehrzeit, oder solange die Handwerkskammer eine Vorschrift über die Dauer der Lehrzeit nicht erlassen hat, mindestens eine dreijährige Lehrzeit zurückgelegt und die Gesellenprüfung bestanden haben;

oder fünf Jahre hindurch persönlich das Handwerk selbständig ausgeübt haben oder als Werkmeister oder in ähnlicher Stellung thätig gewesen sind (§ 129).

β. Die Lehrzeit soll in der Regel drei Jahre dauern, sie darf den Zeitraum von vier Jahren nicht übersteigen (§ 130a).

γ. Den Lehrlingen ist Gelegenheit zu geben, sich nach Ablauf der Lehrzeit der Gesellenprüfung vor einem von der Innung oder der Handwerkskammer (III, 208) einzusetzenden Prüfungsausschusse (Vorsitzender und 2 Beisitzer) zu unterziehen.

δ. Den Meistertitel in Verbindung mit der Bezeichnung eines Handwerkers dürfen nur Handwerker führen, wenn sie in ihrem Gewerbe die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen erworben (§ 129) und die Meisterprüfung bestanden haben. Zu letzterer sind sie in der Regel nur zuzulassen, wenn sie mindestens drei Jahre als Gesellen (Gehülfen) in ihrem Gewerbe thätig gewesen sind. Die Abnahme der Prüfung erfolgt durch Prüfungskommissionen, die aus einem Vorsitzenden und vier Beisitzern bestehen (§ 133); vgl. III, 208.

e. Aufsichtsbeamte.

Das Dienstverhältnis der von Gewerbeunternehmern gegen feste Bezüge beschäftigten Personen, die nicht lediglich vorübergehend mit der Leitung oder Beaufsichtigung des

Digitized by Google

Betriebs oder einer Abteilung desselben beauftragt (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte) oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind (Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner und dergleichen), kann, wenn nicht etwas anderes verabredet ist, von jedem Teile mit Ablauf jedes Kalendervierteljahrs nach sechs Wochen vorher erklärter Aufkündigung aufgehoben werden (§ 133a). Jeder der beiden Teile kann jedoch vor Ablauf der vertragsmäßigen und ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist die Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangen, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falls die Aufhebung rechtfertigender Grund vorliegt (§ 133b).

f. Verhältnisse der Fabrikarbeiter.[5])

1. Den Unternehmern von Fabriken, in welchen in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, ist untersagt, für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter die Verwirkung des rückständigen Lohns über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohns hinaus auszubedingen (§ 134).

2. Für jede Fabrik, in welcher in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, ist innerhalb vier

[5]) Der Begriff der Fabrik ist in der RGO. nicht festgestellt. Der dem Unfallversicherungsgesetze zu Grunde gelegte Begriff (§ 1: Betriebe, in welchen die Bearbeitung oder Verarbeitung von Gegenständen gewerbsmäßig ausgeführt wird und in welchen zu diesen Zwecken mindestens zehn Arbeiter regelmäßig beschäftigt werden) hat jedenfalls keine über dies Gesetz hinausgehende Bedeutung; vgl. III, 213[11]. Die Unterscheidung, ob ein Gewerbebetrieb als Handwerk oder als Fabrik aufzufassen ist, wird vielfach schwierig sein. Einen Anhalt geben die Umstände, ob der Arbeitgeber selbst mitarbeitet oder wegen des Umfangs des Betriebs sich auf die Überwachung und Leitung beschränken muß, und ferner, ob die Art und die Zahl der auszuführenden Arbeiten derart ist, daß eine systematische Arbeitsteilung erforderlich und durchgeführt ist. Ein Schuhmacher, der in der Hauptsache „nach Maß" arbeitet, bleibt Handwerker, auch wenn er wegen des Umfangs seiner Kundschaft 50 Gesellen beschäftigt; er ist aber z.B. Fabrikant, wenn er ständig „für das Lager" von Verkaufsgeschäften arbeitet und besondere Leute als Zurichter, Schäftearbeiter usw. beschäftigt.

Digitized by Google

Wochen nach der Eröffnung des Betriebs eine Arbeitsordnung zu erlassen (§ 134a), über welche die großjährigen Arbeiter vorher zu hören sind (§ 134d).

3. Besondere Vorschriften sind gegeben für die Beschäftigung der jugendlichen Arbeiter (§§ 135, 136)[6]) und der Arbeiterinnen (§§ 137 ff.).

4. Die Dienstverhältnisse der Bergleute sind landesrechtlich geordnet (RGO. § 6). In Preußen gilt das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865, welches durch ein PrG. vom 24. Juni 1892 mit der Arbeiterschutznovelle zur RGO. vom 1. Juni 1891 in Einklang gesetzt ist (vgl. II, 653[19]).

g. Gewerbegerichte (RG. vom 29. Juli 1890).

1. Für die Entscheidung von gewerblichen Streitigkeiten zwischen Arbeitern einerseits und ihren Arbeitgebern andererseits, sowie zwischen Arbeitern desselben Arbeitgebers können Gewerbegerichte errichtet werden (§ 1). Durch die Zuständigkeit eines Gewerbegerichts wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen (§ 5). Das Gewerbegericht entscheidet in der Besetzung mit 1 Vorsitzenden und zwei Beisitzern (je einem Arbeitgeber und Arbeiter; § 22). Im ersten Termine kann der Vorsitzende allein verhandeln und hat die Beisitzer nur dann (in einem neuen Verhandlungstermine) zuzuziehen, wenn die Sache kontradiktorisch (I, 387) wird und nicht beide Parteien die Entscheidung durch den Vorsitzenden beantragen (§ 54).

2. Für das Verfahren gelten im allgemeinen (§ 24) die Vorschriften der CPO. für das amtsgerichtliche Verfahren (I, 421), jedoch mit einigen wesentlichen Abweichungen:

---

[6]) Jugendliche Arbeiter sind die Arbeiter unter 16 Jahren. Kinder unter dreizehn Jahren dürfen in Fabriken nicht beschäftigt werden. Kinder über dreizehn Jahre dürfen in Fabriken nur beschäftigt werden, wenn sie nicht mehr zum Besuche der Volksschule verpflichtet sind. Die Beschäftigung von Kindern unter vierzehn Jahren darf die Dauer von sechs Stunden täglich nicht überschreiten. Junge Leute zwischen vierzehn und sechszehn Jahren dürfen in Fabriken nicht länger als zehn Stunden täglich beschäftigt werden (§ 135).

Digitized by Google

α. Zuständig ist dasjenige Gewerbegericht, in dessen Bezirke die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist (§ 25, also ausschließlich das forum solutionis, I, 210).

β. Rechtsanwälte und Personen, welche das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, werden als Prozeßbevollmächtigte oder Beistände vor dem Gewerbegerichte nicht zugelassen (§ 29).

γ. Die Zustellungen und Ladungen erfolgen von Amtswegen (§§ 30 ff., also kein Selbstbetrieb der Parteien, I, 249).

δ. Die Einspruchsfrist gegen Versäumnisurteile beträgt nur 3 (nicht 14, CPO. § 339) Tage (§ 38).

ε. Ein über den Grund des Anspruchs vorab entscheidendes Zwischenurteil ist in Betreff der Rechtsmittel nicht als Endurteil anzusehen (§ 50, anders CPO. § 304, I, 381[16]).

ζ. Die Berufungen und Beschwerden gehen an das Landgericht; die Berufung ist aber nur bei einem Streitwerte von mehr als 100 Mk. zulässig (I, 484[9]). Gegen die Kostenfestsetzung allein ist ein Rechtsmittel überhaupt nicht zulässig.

3. Ist ein zuständiges Gewerbegericht nicht vorhanden, so kann bei Gewerbestreitigkeiten über Antritt, Fortsetzung oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Entscheidung des Gemeindevorstehers des Erfüllungsorts nachgesucht werden. Jedoch ist dessen Angehung nicht (wie die des Gewerbegerichts, s. o.) notwendig. Gegen die Entscheidung des Gemeindevorstehers kann binnen der Notfrist von 10 Tagen seit der Bekanntmachung Klage bei den ordentlichen Gerichten erhoben werden (§§ 71 ff.).

4. Über die Thätigkeit des Gewerbegerichts als Einigungsamt vgl. I, 469[11].

§ 134. Der Gesindedienstvertrag.

a. Begriff.

Gesinde sind Personen, die gegen Vergütung:

1. zur Leistung häuslicher Dienste angenommen und

Digitized by Google

2. in die Hausgemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen sind.[1])

Ein verheirateter (einen eigenen Hausstand führender) Hausknecht oder Tagelöhner („Instmann") gehört also nicht zum Gesinde, selbst wenn er einzelne Mahlzeiten im Hause des Dienstherrn erhält, ebensowenig ein Handlungs- oder Gewerbegehülfe, selbst wenn er — wie dies in kleinen Städten die Regel ist — beim Dienstherrn wohnt und beköstigt wird.

Nach Art. 95 EGBGB. sind die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben, die dem Gesinderecht angehören. Hiernach bleibt das bisherige Gesinderecht[2]) in Geltung und kann ferner (EGBGB. Art. 218) auch für die Folge durch Landesgesetz geordnet werden.[3]) Nur steht

---

[1]) Das ALR. hatte dem Umstande, daß das Gesinde (wie in Rom die Sklaven, I, 48[5]) in gewissem Sinne zur Familie gehört, dadurch Rechnung getragen, daß es das Gesinderecht im Titel II, 5 („Von den Rechten und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes") im unmittelbaren Anschluß an das Familienrecht behandelte.

[2]) Neben dem gemeinen Gesinde kannte das ALR. II, 5 noch zwei Klassen von Personen, die häusliche Dienste zu leisten übernehmen, nämlich:

a. „Hausoffizianten, denen nur ein gewisses bestimmtes Geschäft in der Haushaltung oder Wirtschaft, oder die Aufsicht über einen gewissen Teil derselben aufgetragen wird" (II, 5 § 177, zB. Gutsinspektoren, Privatförster) und

b. „Personen beiderlei Geschlechts, welche zur Erziehung der Kinder angenommen worden, ingleichen Privatsekretäre, Kapläne, und andere, die mit erlernten Wissenschaften und schönen Künsten im Hause Dienste leisten" (II, 5 § 187).

Beide Klassen von Dienstpersonen galten nicht als Gesinde. Mit ihnen mußte ein schriftlicher Vertrag geschlossen werden. Mangels anderer Bestimmung konnten die unter a. Genannten zum Vierteljahrsschlusse mit sechswöchiger Kündigung, die unter b. Genannten mit vierteljähriger Kündigung entlassen werden. Da sie nicht der Gesindeordnung unterlagen, trifft auf sie der Vorbehalt des Art. 95 EGBGB. auch nicht zu; vielmehr richtet sich ihr Dienstverhältnis nach den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag (S. 558[5]).

[3]) Einzelne neue Vorschriften enthält zB. schon Art. 14 des AGBGB. vom 20. September 1899, dessen § 1 bestimmt:

a. Die Vorschrift des § 616 BGB. (S. 556) findet auf das Gesindeverhältnis Anwendung.

Digitized by Google

dem Dienstberechtigten gegenüber dem Gesinde kein Züchtigungsrecht mehr zu[4]), und ferner sollen Anwendung finden die §§ 104—115, 131 (Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit), 278, 831, 840 Abs. 2 (Vertretung für Verschulden des Gesindes), 617 bis 619 (sozialpolitische Pflichten des Dienstherrn, S. 557), 624 (Unzulässigkeit dauernder Dienstverträge, S. 559), 1358 (Kündigungsrecht des Ehemanns, S. 555).

Der folgenden Darstellung ist die für das Gebiet des ALR. erlassene, an Stelle von ALR. II, 5 gesetzte „Gesindeordnung für sämtliche Provinzen der Preußischen Monarchie" vom 8. November 1810 („GesO.") zu Grunde gelegt, deren Hauptgrundsätze aber auch die übrigen deutschen Gesindeordnungen beherrschen.

b. Abschluß.

1. Der Gesindedienstvertrag wurde nach der Gesindeordnung durch Geben und Nehmen des Mietgelds geschlossen (GesO. § 23, ein Fall von arrha constitutiva, S. 222). Seit dem 1. Januar 1900 ist keine Form vorgeschrieben (II, 498). Der „Mietsthaler" gilt mangels anderer Verabredung als Angeld (§ 232), d. h. er ist auf den Lohn anzurechnen. Thatsächlich ist die Nichtanrechnung, wenigstens sofern das Gesinde die vereinbarte Zeit aushält, fast überall Ortsgebrauch.

2. Kraft ihrer Schlüsselgewalt (BGB. § 1357) ist auch

b. Die Vorschriften der Gesindeordnungen, nach welchen der Dienstberechtigte für den von dem Gesinde einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden in weiterem Umfang als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs verantwortlich ist, treten außer Kraft.

c. Der Dienstberechtigte kann seine Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Gesinde aus dem Dienstverhältnis obliegenden Verpflichtungen gegen dessen Lohnforderung aufrechnen.

d. Ein Wohnsitz wird durch das Gesindeverhältnis nicht begründet.

[4]) Wie zB. nach der Pr.Gesindeordnung vom 8. November 1810 § 77: „Reizt das Gesinde die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn und wird in selbigem von ihr mit Scheltworten oder geringen Thätlichkeiten behandelt, so kann es dafür keine gerichtliche Genugthuung fordern".

Digitized by Google

die Ehefrau zur Annahme von Gesinde berechtigt. Minderjährige können an sich nur mit Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters einen Gesindedienstvertrag eingehen. Sind sie aber hierzu einmal ermächtigt, so sind sie hinsichtlich der Eingehung und Lösung von Gesindeverhältnissen unbeschränkt geschäftsfähig, also auch für die sich hieraus ergebenden Streitigkeiten selbständig prozeßfähig (BGB. § 113, I, 222 und III, 107², 412).

c. Dauer.

1. Mangels besonderer Abrede gilt der Dienstvertrag bei städtischem Gesinde als auf ein Vierteljahr, bei ländlichem als auf ein Jahr geschlossen (GesO. § 41). Die Vorschriften des § 624 BGB. über die zulässige Höchstdauer der Dienstzeit (S. 559) sind in EGBGB. Art. 95 ausdrücklich auch auf den Gesindedienst für anwendbar erklärt.

2. Die Aufkündigungsfrist beträgt (mangels anderweiter Vereinbarung) bei städtischem Gesinde sechs Wochen, bei Landgesinde drei Monate zum Quartalsschlusse; bei monatweise gemietetem Gesinde kann am 15. zum nächsten 1. gekündigt werden (GesO. §§ 110 ff.). Wegen Ungehorsam, Unbotmäßigkeit, gewisser schwerer Verfehlungen usw. kann die Herrschaft (§§ 117 ff.), wegen Mißhandlungen, Vorenthalten von Kost oder Lohn usw. kann der Dienstbote das Dienstverhältnis ohne Kündigung auflösen (§§ 136 ff.). Über die im Falle des Konkurses des Dienstherrn zulässige Kündigung vgl. KO. § 22 (S. 561).

3. Entläßt die Herrschaft das Gesinde ohne gesetzmäßige Ursache vor Ablauf der Dienstzeit, so muß sie ihm Lohn und Kost auf die restliche Dienstzeit gewähren. Einer Klage des Dienstboten hierauf muß aber ein polizeilicher Sühneversuch voraufgegangen sein. Der Dienstbote kann erst klagen, wenn die Herrschaft bei dem Sühneversuche die Wiederaufnahme des Gesindes verweigert (§ 160 ff.).

4. Verläßt das Gesinde ohne gesetzmäßige Ursache den Dienst vor Ablauf der Dienstzeit, so hat die Herrschaft die Wahl, entweder auf Kosten des entlaufenen Dienstboten einen anderen zu mieten, oder das Gesinde in

Digitized by Google

den Dienst zurückführen zu lassen. Dies geschieht im Wege des polizeilichen Zwangsverfahrens (Landesverwaltungsgesetz §§ 132, 133, I, 61[5]), d. h. die Ortspolizei (also auf dem Lande der Amtsvorsteher, I, 73[2]) läßt den entlaufenen Dienstboten durch einen Polizeibeamten dem Dienstherrn zuführen oder fordert ihn unter Androhung einer Strafe (durch Polizeiverfügung, I, 61[5]) zur Rückkehr auf und setzt die Strafe fest, wenn er der Aufforderung keine Folge leistet. Hiergegen finden die in LVG. §§ 127, 128 gegebenen Rechtsbehelfe (Beschwerde oder Klage, I, 711) statt. Außerdem wird ein widerspenstiger oder entlaufener Dienstbote (regelmäßig) durch polizeiliche Strafverfügung auf Antrag der Herrschaft mit Geldstrafe bis zu 15 Mk. oder Haft bis zu 3 Tagen bestraft (PrG. v. 24. 4. 54), wogegen er binnen Wochenfrist seit Zustellung auf gerichtliche Entscheidung durch das Schöffengericht antragen kann (StPO. § 453).

d. Gegenseitige Rechte und Pflichten.

1. Der Dienstbote haftet für vorsätzliche und fahrlässige Schadenszufügung (GesO. §§ 65 ff.). Der Dienstherr kann seine Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Gesinde aus dem Dienstverhältnis obliegenden Verpflichtungen gegen dessen Lohnforderung aufrechnen (AGBGB. Art. 14 § 1).

2. Der Dienstherr hat dem Gesinde rechtzeitig Kost und Lohn zu entrichten. Der „Lietlohn" ist durch besondere Vorzugsrechte im Konkurse (KO. § 61, I, 629[10]) und bei der Zwangsversteigerung (ZwVG. § 10 [2], I, 585) gesichert.

3. Bei Erkrankung des Gesindes ist der Dienstherr gemäß EGBGB. Art. 95 mindestens zu den in BGB. § 617 angeführten Leistungen (S. 557[3]) verpflichtet. Die weitergehenden Verpflichtungen der GesO. sind unberührt geblieben, so zB. §§ 86 ff., wonach die Herrschaft im Fall einer Erkrankung „durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben" die Kur- und Verpflegungskosten bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses (unter Umständen

Digitized by Google

also über die in BGB. § 617 Satz 1 erwähnten 6 Wochen hinaus) zu tragen hat, ohne dafür etwas vom Lohn kürzen zu können (abweichend vom BGB. § 617 Satz 3).

4. Die civilrechtliche Haftung des Dienstherrn für den von seinem Gesinde einem Fremden zugefügten Schaden bestimmt sich, gemäß EGBGB Art. 95 und AGBGB. Art. 14 § 1, nach BGB. §§ 831, 840 Abs. 2 (unten § 173 d). Über die strafrechtliche Haftung des Dienstherrn für gewisse Strafthaten des Gesindes vgl. II, 514[10]).

§ 135. Der Staatsdienst.

a. Begriff und Arten des Staatsdienstes.

1. Begriff.

Der Staat und die von ihm mit der selbständigen Wahrnehmung staatlicher Obliegenheiten betrauten juristischen Personen (I, 70 [2]) bedürfen zur Erfüllung ihrer Aufgaben öffentlich-rechtlicher Natur der Mitwirkung physischer Personen, der Beamten oder Staatsdiener.[1])

Beamter ist, wer von einem politischen Gemein-

---

[1]) Das neuzeitliche Beamtentum hat sich erst seit dem 18. Jahrhundert entwickelt. Bis dahin waren die zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Obliegenheiten berufenen Personen Diener des Landesherrn, der sie nach seinem Ermessen anstellen und entlassen konnte. Ein von den Grundsätzen des privaten Dienstvertrags verschiedenes Staatsdienerrecht entwickelte sich zuerst in Preußen (II, 136) unter Friedrich Wilhelm I. Das ALR. enthielt als erstes Gesetzbuch im Titel II, 10 („Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates") ein vollständiges Beamtenrecht, das in den Grundzügen noch heute maßgebend ist, da das in PrVU. Art. 98 in Aussicht gestellte Staatsdienergesetz noch nicht ergangen ist.

Dagegen ist für die Reichsbeamten ergangen das RG. vom 31. März 1873 betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (sog. Reichsbeamtengesetz, „RBG."). Für die richterlichen Mitglieder des Reichsgerichts gelten die besonderen Vorschriften der §§ 127 ff. GVG.

Für die Kommunalbeamten (S. 590) ist neuerdings in Preußen ergangen das G. v. 30. Juli 1899 betr. die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten.

Digitized by Google

wesen auf Grund eines Dienstverhältnisses zur Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Thätigkeit bestellt ist.[2])

α. Wesentliche Merkmale des Beamtenbegriffs sind hiernach:

a. Berufung durch ein politisches Gemeinwesen:

1) Keine Beamten sind also zunächst die von Privaten angestellten Personen (die fälschlich sog. „Privatbeamten"). Keine Staatsbeamten sind ferner die Hofbeamten, d. h. die zum Dienste für die Person des Souveräns und für seine Familie bestimmten Personen (kein Staatsbeamter ist z. B. in Preußen der Minister des Kgl. Hauses, II, 138[3]). Jedoch ist ihnen vielfach durch besondere Rechtsvorschrift eine den Staatsbeamten gleiche Stellung angewiesen. Das Gleiche ist geschehen hinsichtlich der Reichsbankbeamten (Reichsbankgesetz vom 14. März 1875) und der Reichstagsbeamten, deren Anstellung durch den Reichstagspräsidenten erfolgt (RBG. § 156).

2) Als politische Gemeinwesen kommen in Betracht: der Staat und die Kommunen. Die vom Staat angestellten Beamten werden als „unmittelbare Staatsbeamte", die von der Kommune, als einem dem Staat untergeordneten Gemeinwesen, angestellten „Kommunalbeamten" werden als „mittelbare Staatsbeamte" bezeichnet.

Die (unmittelbaren) Staatsbeamten können entweder im Dienste des Reichs oder in dem eines Bundesstaats

---

[2]) Eine besondere Begriffsbestimmung enthält StGB. § 359: „Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwalte." Dagegen bestimmt StGB. § 31 Abs. 2: „Unter öffentlichen Ämtern im Sinne dieses Strafgesetzes sind die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, sowie der Geschworenen- und Schöffendienst mitbegriffen." In § 359 handelt es sich um den Begriff des Beamtendelikts (S. 602), in § 31 um die Frage, welche Ämter durch die Verurteilung zur Zuchthausstrafe betroffen werden (S. 597[9]; III, 131).

Digitized by Google

stehen. Reichsbeamte sind aber nicht nur die vom Kaiser angestellten (sog. unmittelbaren Reichsbeamten), sondern auch diejenigen von den Souveränen der Bundesstaaten angestellten Beamten, welche nach Vorschrift der Reichsverfassung den Anordnungen des Kaisers Folge zu leisten haben (sog. mittelbare Reichsbeamte), wie die unteren Post- und Telegraphenbeamten (außer in Bayern und Württemberg, RV. Art. 50 Abs. 3) und die Militärbeamten (außer in Bayern).[3])

b. Berufung zur Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Thätigkeit.

Es braucht sich hierbei nicht um die unmittelbare Ausübung staatlicher Hoheitsrechte zu handeln. Die Behörden bedürfen zB. einer großen Zahl von Hülfspersonen, die rein mechanische Dienste leisten (zB. die Kanzlisten und die Gerichtsdiener bei den Gerichten). Auch diese sind zweifellos Beamte, sie ermöglichen die Erfüllung der staatlichen Obliegenheiten. Ferner ziehen Staat und Kommunen, einem die Neuzeit beherrschenden sozialistischen Gedanken folgend, viele gewerbliche Betriebe an sich, bei denen es zweifelhaft sein kann, ob sie der Staat (als Fiskus) und die Kommunen lediglich als Erwerbsquelle oder aber in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben in den Kreis ihrer Thätigkeit gezogen haben (Eisenbahn, Telegraphen, Bergwerke, Fabriken, Elektrizitätswerke, Gasanstalten, Bernsteingräbereien). Auch die in solchen Staatsbetrieben verwendeten Personen sind Beamte, vorausgesetzt, daß die übrigen Merkmale, insbesondere die Anstellung, zutreffen.

Zweifel sind entstanden hinsichtlich:

---

[3]) Die Stellung der Elsaß-Lothringischen Beamten ist bestritten. Nach Laband, Hänel, Georg Meyer sind sie Reichsbeamte (weil sie im Dienste des Reichs stehen), nach Leoni, Schulze, Loening Landesbeamte (weil sie dem Statthalter unterstellt sind und ihr Gehalt aus der Landeskasse beziehen). Jedenfalls ist das RBG. durch besonderes Staatsgesetz vom 23. 12. 1873 auf sie für anwendbar erklärt. Auch die Landesbeamten der Schutzgebiete sind Reichsbeamte; sie werden aus den Einnahmen der Schutzgebiete unterhalten.

Digitized by Google

1) der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; ihre Dienstverhältnisse sind meist besonders geordnet; nach ALR. II, 12 §§ 65, 73 gelten die angestellten Lehrer an den höheren Schulen und den Universitäten als Beamte;

2) der Geistlichen; vgl. hierüber II, 266;

3) der Anwälte und Notare; vgl. hierüber I, 243[3].

c. Begründung eines Dienstverhältnisses.

Nicht jeder, dem ein öffentliches Amt (I, 57), d. h. ein Kreis von öffentlich-rechtlichen Befugnissen und Pflichten übertragen ist, ist Beamter.[4]) Vielmehr setzt dieser Begriff das Vorhandensein eines auf die Dauer berechneten Unterordnungsverhältnisses unter ein politisches Gemeinwesen voraus. Auch Schöffen, Geschworene, Vormünder sind zur Ausübung von staatlichen Obliegenheiten berufen, sie sind aber nicht Beamte, weil es an einem Dienstverhältnisse mangelt (anders die Handelsrichter, S. 593). Deshalb sind auch zB. Privatdozenten nicht Beamte (streitig geworden gelegentlich der Frage ihrer Disziplinierung; vgl. über die „lex Arons" I, 64[7]).

b. Anstellung.

Beamter ist endlich nur, wer zur Ausübung einer staatlichen Obliegenheit durch einen staatsrechtlichen Akt berufen („angestellt") ist. Durch diese Art der Begründung des Dienstverhältnisses tritt das Verhältnis unter die besonderen Normen des Beamtenrechts. Daneben kann die Eingehung eines Dienstverhältnisses für staatliche Zwecke auch durch einen gewöhnlichen privatrechtlichen Dienstvertrag erfolgen (zB. der Vorstand eines Gerichts schließt Dienstverträge über das Reinigen der Diensträume, das Heften, Ausfahren und Einholen der Akten).

β. Keine Begriffsmerkmale sind dagegen zB.:

a. die Besoldung; auch die Referendare, Handels-

[4]) Amt und Beamter decken sich also nicht. Es giebt Ämter, deren Träger nicht Beamte sind (so die munera publica), und andererseits Beamte, die kein Amt haben (so die zur Disposition gestellten Beamten, S. 608[88]). Über die Unterscheidung zwischen Beamten und Behörden, vgl. I, 57.

Digitized by Google

richter, Wahlkonsuln und unbesoldeten Stadträte sind Beamte; nur kommen auf sie natürlich die über die Dienstbezüge der Beamten geltenden Vorschriften (S. 604) nicht zur Anwendung;

b. die Berufsmäßigkeit; auch Personen, die den öffentlichen Dienst nur ehrenamtlich ausüben, sind Beamte, zB. die Wahlkonsuln. Freilich kommt auf diese Personen das Beamtenrecht nur solange zur Anwendung, als sie ihr Amt innehaben, während die Berufsbeamten ihm auch bei zeitweiliger Entfernung vom Amt unterstehen;

c. die Beeidigung. Allerdings leistet jeder Beamte beim Eintritt in ein öffentliches Amt einen „Diensteid" (II, 199[27]); Beamter ist er aber schon von seiner Anstellung ab (er ist also zB. strafrechtlich gemäß § 359 StGB. auch für die vor der Vereidigung vorgenommenen Handlungen als Beamter verantwortlich);

d. der freiwillige Eintritt (anders Laband); für gewisse Ämter der Selbstverwaltung, deren Träger zweifellos Beamte sind, besteht Annahmezwang (zB. in Preußen für das Amt des Amtsvorstehers).

2. Arten.

α. Die Beamten können, wie S. 590 erwähnt, sein: (unmittelbare) Staatsbeamte oder Kommunalbeamte; die Staatsbeamten: Reichs- oder Landesbeamte; die Reichsbeamten: unmittelbare (vom Kaiser ernannte) oder mittelbare (vom Landesherrn ernannte, aber dem Kaiser zum Gehorsam verpflichtete) Reichsbeamte.

β. Ihrer Vorbildung nach zerfallen die Beamten in: höhere Beamte (wissenschaftliche Vorbildung, zB. bei den Gerichten die richterlichen Beamten), mittlere Beamte (Subalternbeamte, geschäftliche Vorbildung zB. Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher; in Preußen auch die Referendare), Unterbeamte (ohne Fachbildung, zB. Gerichtsdiener, Gefangenwärter).

γ. Den ihnen zugewiesenen Obliegenheiten nach zerfallen die höheren Beamten in die richterlichen Beamten und die Verwaltungsbeamten (zu denen auch die Be-

Digitized by Google

amten der Staatsanwaltschaft gehören). Die richterlichen Beamten sind im Interesse der Ermöglichung einer völlig unbeeinflußten Rechtsprechung hinsichtlich ihrer Versetzung, Disziplinierung (I, 63[7]) und Entlassung (S. 206) unabhängiger gestellt als die Verwaltungsbeamten.

δ. Das ALR. II, 10 §§ 1 ff. unterscheidet Militär- und Civilbediente als Arten von Beamten. Da infolge der modernen Gestaltung des Heerwesens für die Personen des Soldatenstands (III, 143) besondere Vorschriften gelten, so pflegt man heute unter dem Begriffe „Beamte" nur die Civilbeamten zu verstehen (vgl. RBG. § 154). Eine Mittelstellung haben die Militärbeamten.

b. Rechtliche Natur des Staatsdienstes.

Solange der Beamte lediglich als persönlicher Diener des Landesherrn angesehen wurde (S. 589[1]), stand der von ihm mit diesem abgeschlossene Vertrag unter den Normen des bürgerlichen Rechts. Man war einig darüber, daß das Rechtsverhältnis sich als privatrechtlicher Vertrag darstelle (sog. Vertragstheorie), und stritt nur über dessen Unterbringung unter die typischen Vertragsformen (locatio conductio operarum, Mandat, Innominatkontrakt nach der Formel do ut facias, oder Prekarium).

Gegen die Vertragstheorie wendete sich seit Beginn des 19. Jahrhunderts (zuerst Goenner, der Staatsdienst, 1808) eine heute zur fast ausschließlichen Herrschaft gelangte Theorie. Die Übertragung eines Amts, d. h. der Befähigung zur Ausübung öffentlich-rechtlicher Obliegenheiten, beruht danach nicht auf einem zwischen dem Staat oder der von ihm hierzu ermächtigten Behörde und dem Beamten geschlossenen Vertrage, sondern auf einem einseitigen Staatsakte, der Anstellung. Aber auch die heutigen Anhänger der Vertragstheorie erkennen an, daß das zwischen Staat und Beamten bestehende Dienstverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur und den Vorschriften des bürgerlichen Rechts grundsätzlich entzogen ist.[5])

[5]) Die Vertragstheorie wird mit dieser Änderung vor allem von Laband und Jellinek aufrechterhalten. Sie unterscheiden den Eintritt in das Staatsdienerverhältnis (die Ernennung), der die

Digitized by Google

Nach dem Vorstehenden ist der Staatsdienst ein Rechtsverhältnis staatsrechtlicher Natur, das eigenen Rechtsgrundsätzen untersteht, welche von den für Dienstverträge des bürgerlichen Rechts geltenden Vorschriften völlig abweichen. Immerhin untersteht dieses Rechtsverhältnis nicht ausschließlich öffentlich-rechtlichen Normen. Es entstehen nämlich durch den Staatsdienst sowohl für den Beamten als gegen ihn Ansprüche vermögensrechtlicher Natur, und diese unterstehen grundsätzlich den Normen des bürgerlichen Rechts. Die Darstellung des Staatsdienstes muß daher beide Seiten desselben in Betracht ziehen: die staatsrechtliche und die privatrechtliche.

c. Staatsrechtliche Seite des Staatsdienstes.

1. Begründung des Beamtenverhältnisses.

α. Das Beamtenverhältnis beginnt mit der Ernennung, über welche eine Urkunde (Bestallung, Patent) ausgefertigt wird (RBG. § 4). Die aus der Ausübung des Amts folgenden Rechte und Pflichten beginnen jedoch in der Regel erst mit der wirklichen Übernahme des Amts, dem Dienstantritte (vgl. zB. RBG. § 4 Abs. 2). Die in der Ernennung liegende Übertragung der Ausübung staatlicher Obliegenheiten führt in letzter Linie stets auf den Souverän, als den Träger der Staatsgewalt, zurück, der jedoch dies Hoheitsrecht hinsichtlich der weniger wichtigen Beamtenklassen regelmäßig durch gewisse Beamte oder Behörden ausüben läßt.

a. Die unmittelbaren Reichsbeamten

Zustimmung des Beamten voraussetze (vgl. dagegen oben S. 593), also sich als Vertrag — wenn auch staatsrechtlicher Natur, nach Art der ehemaligen Vassallität — darstelle, und die Übertragung des Amts (die Anstellung), die Staatshoheitsakt sei. Sie weisen darauf hin, daß bei manchen Beamtenklassen beide Vorgänge auch äußerlich unterscheidbar sind (zB. in Preußen: der Regierungsassessor A. wird vom Könige „zum Landrat ernannt", und ihm wird sodann „das Landratsamt des Kreises X. übertragen").

Digitized by Google

werden vom Kaiser oder in seinem Auftrag[6]) ernannt (RV. Art. 18, RBG. § 1), die mittelbaren Reichsbeamten dagegen von den Souveränen des Bundesstaats, in dessen Gebiet sie thätig sind (RV. Art. 50 Abs. 5).

b. Die Landesbeamten werden von den Souveränen der Bundesstaaten oder in ihrem Auftrag ernannt.[7])

---

[6]) Eine Kaiserliche Bestallung erhalten die höheren Beamten, einschließlich der Konsuln. Für einzelne Beamtenarten ist der Bundesrat zur Mitwirkung berufen.

a. Der Bundesrat ist zu hören: über die Anstellung gewisser Zoll- und Steuerbeamter und der Reichskonsuln (RV. Art. 36, 56). Der Kaiser ist also an einen Vorschlag der zu befragenden Ausschüsse für Zoll- und Steuerwesen und für Handel und Verkehr nicht gebunden.

b. Der Bundesrat hat ein Vorschlagsrecht: für die Mitglieder des Reichsgerichts (GVG. § 127), die Senatspräsidenten und Räte des Reichsmilitärgerichts (MilStGO. § 80), die Mitglieder des Bundesamts für das Heimatwesen (II, 214), des Reichsbankdirektoriums (III, 198[3]), die ständigen Mitglieder des Kaiserlichen Patentamts (II, 214) und des Reichsversicherungsamts (III, 216), den Oberreichsanwalt und die Reichsanwälte (GVG. § 150), den Obermilitäranwalt und die Militäranwälte beim Reichsmilitärgerichte (MilStGO. § 107). Der Kaiser ist an den Vorschlag nicht gebunden, kann aber andererseits auch nur einen vom Bundesrate Vorgeschlagenen ernennen, es muß also stets eine Einigung zwischen Kaiser und Bundesrat hergestellt werden.

c. Der Bundesrat hat zu wählen: die Mitglieder des Rechnungshofs (II, 214), der Reichsdisziplinarbehörden (I, 707), der Verwaltung des Reichsinvalidenfonds (II, 214) und des Reichsbankkuratoriums (III, 198[3]). Der Kaiser hat die Gewählten hier nur zu ernennen.

Die Reichstagsbeamten werden vom Reichstagspräsidenten ernannt (S. 590).

[7]) In Preußen ernennt der König die meisten höheren Beamten, auch die Universitätsprofessoren und die Direktoren der höheren Lehranstalten. Von den preußischen Justizbeamten werden seit dem 1. Oktober 1879 sämtliche angestellten Richter, auch die ihr Amt nur als Ehrenamt verwaltenden Handelsrichter, sowie alle Staatsanwälte vom König ernannt (AGGVG. §§ 7, 60). Bis zur Justizreorganisation dagegen ernannte der König nur die Richter bei den höheren Gerichten, während die Kreis- und Stadtrichter in seinem Namen (PrVU. Art. 57) vom Justizminister ernannt wurden. Die Versetzung angestellter Richter bei den Land- oder Amtsgerichten

Digitized by Google

Die ehemaligen Präsentationsrechte, die letzten Reste der Patrimonialgerichtsbarkeit (I, 183[8]), sind überall aufgehoben, hinsichtlich der Anstellungen bei den Gerichten reichsgesetzlich durch GVG. § 15.

c. Die Kommunalbeamten werden in der Regel von den zur Vertretung der Gemeinden berufenen Körperschaften gewählt, für gewisse Gattungen pflegt aber dem Souverän ein Bestätigungsrecht[8]) vorbehalten zu sein.

β. Allgemeine Voraussetzung zur Anstellung als Beamter ist Vollbesitz der bürgerlichen Ehrenrechte.[9]) Besondere Voraussetzung der Anstellung für gewisse Ämter ist das Vorhandensein einer — bei den höheren und mittleren Ämtern durch eine oder mehrere Prüfungen — zu erbringenden Befähigung (Quali-

---

an ein anderes Land- oder Amtsgericht ist auch heute noch dem Justizminister delegiert. Zum Gerichtsassessor wird man durch den Justizminister, zum Referendar durch den Oberlandesgerichtspräsidenten ernannt (Pr. Prüfungsgesetz vom 6. Mai 1869 §§ 5, 11; I, 150[2]). Die Subaltern- und Unterbeamten werden durch die Vorstandsbeamten des Oberlandesgerichts (Oberlandesgerichtspräsident und Oberstaatsanwalt), die Notare durch den Justizminister ernannt (PrFrG. Art. 78).

[8]) Nach den preußischen Städteordnungen zB. wählt die Stadtverordnetenversammlung die Magistratsmitglieder (Bürgermeister, Beigeordnete, Schöffen, Stadträte) und zwar die besoldeten auf 12, die unbesoldeten auf 6 Jahre. Die gewählten Magistratsmitglieder bedürfen der Bestätigung, welche zusteht:

a. dem Könige hinsichtlich der Bürgermeister und Beigeordneten (zweiten Bürgermeister) in Städten von mehr als 10000 Einwohnern;

b. dem Regierungspräsidenten hinsichtlich der Bürgermeister und Beigeordneten in Städten von weniger als 10000 Einwohnern, sowie hinsichtlich der Schöffen und der besoldeten Magistratsmitglieder in allen Städten.

[9]) Wer mit Zuchthaus bestraft ist, ist dauernd (StGB. § 31), wer mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft ist, für die im Urteile bestimmte Zeit (StGB. § 34[3]) zur Bekleidung öffentlicher Ämter unfähig. Es kann auch auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter allein (StGB. § 35) und bei Strafthaten gegen die §§ 315—318 (Transportdelikte) auf Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienst oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste erkannt werden (StGB. § 319).

Digitized by Google

fikation).[10]) Beseitigt sind die ehemaligen Erfordernisse der Staatsangehörigkeit, da nach § 9 des RG. vom 1. Juni 1870 die Anstellung regelmäßig als Naturalisation (bei Nichtdeutschen) oder Aufnahme (bei Deutschen anderer Bundesstaaten) gilt (II, 190[19]), sowie der Kautionsstellung (außer für Gerichtsvollzieher, I, 333[18], vgl. für das Reich ferner RG. vom 20. Februar 1898 wegen Aufhebung der Kautionspflicht der Reichsbeamten). Bedeutungslos ist gegenwärtig auch der Stand und das religiöse

---

[10]) Über die Befähigung für die Richterlaufbahn vgl. I, 148[3]. Ohne Prüfung sind zum Richteramte befähigt die ordentlichen öffentlichen Lehrer des Rechts an deutschen Universitäten (GVG. § 4). Die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienste wird in Preußen geregelt durch das PrG. vom 11. März 1879. Danach ist auch für diesen Dienstzweig die Ablegung zweier Prüfungen erforderlich. Die erste Prüfung ist die „erste juristische" (Gerichtsreferendarprüfung), die zweite („große Staatsprüfung") dagegen wird vor der „Prüfungskommission für höhere Verwaltungsbeamte" in Berlin abgelegt. Der Zulassung dazu muß zunächst eine zweijährige praktische Vorbereitung bei den Gerichten vorhergehen. Nachdem alsdann der bisherige „Gerichtsreferendar" bei einer Regierung zur weiteren Vorbildung angenommen und vom Regierungspräsidenten zum „Regierungsreferendar" ernannt ist, muß er weitere zwei Jahre bei den Verwaltungsbehörden (mindestens beim Landrate, dem Bezirksausschuß und der Regierung) praktisch arbeiten. Der Regierungsreferendar, der die große Staatsprüfung bestanden hat, wird von den Ministern der Finanzen und des Innern zum Regierungsassessor ernannt und erlangt dadurch die Befähigung zur Bekleidung einer Stelle im höheren Verwaltungsdienste. Diese Befähigung ist aber nur für die Bekleidung bestimmter höherer Verwaltungsämter Vorbedingung (Mitglieder und Abteilungsdirigenten bei den Regierungen, den Verwaltungsgerichten und Provinzialsteuerdirektionen), so zB. nicht für die Ernennung zum Minister, die vielmehr völlig im Belieben des Königs steht (PrVU. Art. 45). Auch zur Anstellung als Landrat ist die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienste nicht unbedingte Voraussetzung; vielmehr können dazu auch Personen ernannt werden, die die Befähigung zum höheren Justizdienste haben, sowie solche, die dem Kreise seit mindestens einem Jahre durch Grundbesitz oder Wohnsitz angehören und zugleich mindestens während eines vierjährigen Zeitraums als Referendar oder in Selbstverwaltungsämtern des betr. Kreises, des Regierungsbezirks oder der Provinz thätig gewesen sind (Kreisordnung vom 19. März 1881 — früher 13. Dezember 1872 — § 74).

Digitized by Google

Bekenntnis.[11]) Für einzelne Ämter ist die Erreichung eines gewissen Alters Anstellungsvoraussetzung (Handelsrichter 30. Jahr, GVG. § 113, Reichsgerichtsrat 35. Jahr, GVG. § 127, Mitglied des Reichsmilitärgerichts 35. Jahr, MilStGO. v. 1. 12. 99 §. 80, vgl. III, 152[6]).

2. Pflichten des Beamten.

Der Beamte tritt zu dem ihn anstellenden Staat in ein Abhängigkeitsverhältnis, das ihm diesem gegenüber, abgesehen von den allgemeinen Unterthanenpflichten (II, 196), noch besondere Pflichten auferlegt.

a. Die besonderen Amtspflichten sind:

a. Die Dienstpflicht. Jeder Beamte hat die ihm übertragenen Amtsgeschäfte persönlich zu erledigen. Er darf sich weder eigenmächtig vertreten lassen, noch ohne „Urlaub" seinen Amtssitz verlassen (sog. Residenzpflicht).[12]) Er bedarf der Genehmigung ferner zur Übernahme von Nebenämtern (so regelmäßig auch der Vormundschaft, BGB. §§ 1784, 1888, AGBGB. Art. 72) und Nebenbeschäftigungen.[13]) Die ehemals vor-

[11]) Für Preußen ist verfassungsmäßig bestimmt: „Die öffentlichen Ämter sind, unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen, für alle dazu Befähigten gleich zugänglich" (PrVU. Art. 4); vgl. II, 135 ff.

[12]) Keines Urlaubs bedürfen Beamte, wenn sie zur Erfüllung allgemeiner Unterthanenpflichten (zB. Militärpflicht, Gerichtszeugnis) herangezogen werden. Um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, werden die im Civildienst „unabkömmlichen" Beamten nach Erfüllung der Wehrpflicht zum Militärdienste nicht herangezogen. Ferner sollen gewisse Beamte zu Schöffen und Geschworenen nicht berufen werden (GVG. § 34). Keines Urlaubs bedürfen Beamte zum Eintritt in die gesetzgebenden Körperschaften (RV. Art. 21, PrVU. Art. 78). Ob ihnen die hierbei erwachsenden Stellvertretungskosten aufgebürdet werden können, ist für die Landesbeamten streitig. Die Stellvertretungskosten hinsichtlich der Reichsbeamten fallen dagegen nach der ausdrücklichen Vorschrift des RBG. § 14 der Reichskasse zur Last.

[13]) Vgl. RBG. § 16: „Kein Reichsbeamter darf ohne vorgängige Genehmigung der obersten Reichsbehörde ein Nebenamt oder eine Nebenbeschäftigung, mit welcher eine fortlaufende Remuneration verbunden ist, übernehmen oder ein Gewerbe betreiben.

Digitized by Google

geschrieben gewesene, durch BGB. § 1315 (soweit landesrechtlich) als imped. impediens aufrechterhaltene Genehmigung zur Eheschließung ist fast überall aufgehoben, in Preußen durch AGBGB. Art. 42. Die Rechtsgültigkeit der geschlossenen Ehe wird durch den Mangel einer etwa noch vorgeschriebenen Erlaubnis keinesfalls mehr berührt (Reichspersonenst.G. § 38). Vor der Verhaftung eines Beamten zwecks Erzwingung des Offenbarungseids ist der vorgesetzten Behörde zur Ermöglichung der dienstlichen Vertretung Anzeige zu machen (CPO. § 910; I, 604).

Jeder Beamte unterliegt der Disziplinargewalt eines Vorgesetzten, der hierdurch ermächtigt ist, den Untergebenen zur Erfüllung seiner Amtspflichten anzuhalten, landesrechtlich sogar durch Verhängung von Strafen.[14])

b. Die Gehorsamspflicht. Wie weit diese Pflicht geht, ist allgemein nicht zu beurteilen. Kein Untergebener darf sich von seinem Vorgesetzten zu gesetzwidrigen Handlungen gebrauchen lassen; vgl. auch RBG. § 13: „Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich". Im Gegensatze zu dem

---

Dieselbe Genehmigung ist zu dem Eintritt eines Reichsbeamten in den Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer jeden auf Erwerb gerichteten Gesellschaft erforderlich. Sie darf jedoch nicht erteilt werden, sofern die Stelle mittelbar oder unmittelbar mit einer Remuneration verbunden ist. Die erteilte Genehmigung ist jederzeit widerruflich. Auf Wahlkonsuln und einstweilen in den Ruhestand versetzte Beamte finden diese Bestimmungen keine Anwendung".

Gewisse Beamte sind noch besonderen Beschränkungen unterworfen; so dürfen zB. Reichsbankbeamte keine Anteilscheine der Reichsbank besitzen (Reichsbankgesetz v. 14. 3. 75 § 28); vgl. auch S. 388[4] und V, 278[18].

[14]) Das RBG. kennt keine Erzwingung der Vornahme einer Amtshandlung im Dienstaufsichtswege, sondern nur eine (im Wege des öffentlichen oder des Disziplinarstrafverfahrens erfolgende) Bestrafung einer bereits eingetretenen Pflichtverletzung (RBG. § 72). Dagegen bestimmt zB. AGGVG. § 80: „In dem Rechte der Aufsicht liegt die Befugnis, gegenüber nicht richterlichen Beamten die ordnungswidrige Ausführung eines Amtsgeschäfts zu rügen und die Erledigung eines Amtsgeschäfts durch Ordnungsstrafen bis zum Gesamtbetrage von einhundert Mark zu erzwingen. Der Festsetzung einer Strafe muß die Androhung derselben vorausgehen".

Digitized by Google

beim Militär herrschenden unbedingten Gehorsam ist der Civilbeamte zur Prüfung der erhaltenen Befehle berechtigt und verpflichtet, und diese Prüfung muß sich darauf erstrecken, ob der Vorgesetzte zur Erteilung und der Untergebene zur Ausführung des Befehls *zuständig* ist und ob der Befehl in der richtigen *Form* erteilt ist. Beschränkt ist landesgesetzlich (zB. PrVU. Art. 106) das Prüfungsrecht gegenüber Anordnungen des Souveräns (vgl. III, 37[3]). Andererseits darf der Beamte auch außerhalb seines Amts sich nicht mit den Interessen und Absichten des Souveräns in Widerspruch setzen.[15]) Vgl. auch StGB. § 353a Abs. 2 (lex Arnim, I, 103[2]).

Völlig unabhängig von den Anweisungen seines Vorgesetzten ist der Richter, soweit es sich um die Ausübung der richterlichen Thätigkeit handelt (GVG. § 1: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt"). Der Justizminister kann also wohl den Staatsanwalt (als Verwaltungsbeamten, S. 593) anweisen, eine bestimmte Anklage zu erheben, nicht aber die Strafkammer, das Verfahren zu eröffnen oder den Angeklagten zu verurteilen.

c. *Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit*, auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses (vgl. RBG. §§ 11, 12). Damit in Verbindung stehen die Vorschriften der CPO. §§ 376, 408 und StPO. §§ 53, 76 über die Vernehmung öffentlicher Beamter als Zeugen und Sachverständige und des § 353a Abs. 1 StGB. über die Strafbarkeit des Bruchs der Amtsverschwiegenheit seitens eines Beamten des Auswärtigen Amts.

---

[15]) In neuerer Zeit ist zB. betont worden, daß ein Beamter sich durch Teilnahme an den Bestrebungen der *Sozialdemokratie* einer Verletzung seiner Gehorsamspflicht schuldig macht. Ja gelegentlich der Ablehnung der *Kanalvorlage* (1899, Mittellandkanal zwischen Rhein und Elbe) im Pr. Abgeordnetenhause stellte die Pr. Regierung den Grundsatz auf, daß Beamte der allgemeinen Staatsverwaltung (Landräte, Regierungsbeamte) ihre Amtspflicht verletzen, wenn sie der Politik der Regierung entgegen handeln (die Verwaltungsbeamten, welche als Landtagsabgeordnete gegen die Kanalvorlage stimmten, wurden auf Wartegeld gesetzt; vgl. S. 603[23]).

Digitized by Google

b. Die Pflicht zu einer der Würde des Amts entsprechenden Lebensführung.

β. Verletzung der Amtspflichten.

Die Folgen der Verletzung der erwähnten Amtspflichten können sein: strafrechtliche, staatsrechtliche (disziplinare) und civilrechtliche. Über die letzteren ist unten S. 611 zu sprechen.

a. eine strafbare Verletzung der Amtspflichten kann bestehen in dem Verstoß entweder gegen ein allgemein gültiges Strafgesetz oder gegen den 28. Abschnitt des StGB. (Verbrechen und Vergehen im Amte). Die hier aufgezählten Amtsdelikte sind entweder eigentliche, d. h. Handlungen, die nur, wenn von einem Beamten begangen, strafbar sind (zB. Bestechung, Rechtsbeugung, Mißbrauch der Amtsgewalt, StGB. §§ 331—338, 353a), oder uneigentliche, d. h. Handlungen, die auch, wenn von einem Nichtbeamten begangen, strafbar sind, deren Strafbarkeit sich aber erhöht, wenn sie von einem Beamten begangen werden (zB. Nötigung, Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Hausfriedensbruch, Urkundenfälschung, Unterschlagung bei Ausübung des Amts, §§ 339 ff.). In manchen Staaten kann die vorgesetzte Behörde die strafrechtliche (und civilrechtliche) Verfolgung eines Beamten durch Erhebung des Konflikts von einer Vorentscheidung abhängig machen (I, 332[18]).

b. Die Verletzung einer Amtspflicht kann ferner die Bestrafung des Beamten im Wege des Disziplinarverfahrens nach sich ziehen. Gewisse Handlungen sind nur disziplinarisch strafbar, zB. wenn ein Beamter, ohne dadurch gegen ein bestimmtes Strafgesetz zu verstoßen, sich durch sein Verhalten in oder außer seinem Amte der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig zeigt. Stellt sich dagegen eine gegen ein Strafgesetz verstoßende Handlung gleichzeitig als Dienstvergehen dar (zB. ein Beamter wird wegen gewerbsmäßigen Wuchers verurteilt), so ist neben dem Strafverfahren ein Disziplinarverfahren möglich. Der Grundsatz „ne bis in

Digitized by Google

idem" ist hierbei nicht anwendbar, denn er richtet sich nur gegen mehrfache Verfolgung im Straf- oder im Disziplinarverfahren.[16])

Über die Voraussetzungen und Wirkungen des Disziplinarverfahrens vgl. I, 63[7], über den Instanzenzug in Disziplinarsachen I, 707.

3. Rechte der Beamten.

α. Der Beamte genießt bei Ausübung seines Amts einen besonderen strafrechtlichen Schutz (vgl. StGB. 6. Abschnitt, Widerstand gegen die Staatsgewalt, §§ 110 bis 122). Die Beamtenbeleidigung ist dagegen nicht mehr, wie früher, ein eigenes Delikt. Nur kann neben dem Beamten auch dessen Vorgesetzter den Strafantrag stellen (StGB. § 196).

β. Er hat regelmäßig Anspruch auf Titel, Rang[17]) und Uniform.

---

[16]) Es besteht aber in der Regel eine gewisse Abhängigkeit des Disziplinarverfahrens vom Strafverfahren. So bestimmt RBG. § 77 Abs. 2: „Wenn im Laufe eines Disziplinarverfahrens wegen der nämlichen Thatsachen eine gerichtliche Untersuchung gegen den Angeschuldigten eröffnet wird, so muß das Disziplinarverfahren bis zur Beendigung des gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt werden" und § 78: „Wenn von den gewöhnlichen Strafgerichten auf Freisprechung erkannt ist, so findet wegen derjenigen Thatsachen, welche in der gerichtlichen Untersuchung zur Erörterung gekommen sind, ein Disziplinarverfahren nur noch insofern statt, als dieselben an sich und ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Thatbestande der strafbaren Handlung, welche den Gegenstand der Untersuchung bildete, ein Dienstvergehen enthalten. Ist in einer gerichtlichen Untersuchung eine Verurteilung ergangen, welche den Verlust des Amtes nicht zur Folge gehabt hat, so bleibt derjenigen Behörde, welche über die Einleitung des Disziplinarverfahrens zu verfügen hat (§ 84 Abs. 1), die Entscheidung darüber vorbehalten, ob außerdem ein Disziplinarverfahren einzuleiten oder fortzusetzen sei".

[17]) Im Reich und in Preußen werden die höheren Beamten in 5 Klassen geteilt. Über ihnen stehen aber noch die Beamten mit dem Titel Excellenz (die zu „Wirklichen Geheimen Räten" Ernannten und — für die Dauer ihres Amts — die Staatsminister und Oberpräsidenten). Es gehören zB. in die

I. Klasse: die Unterstaatssekretäre, die „Wirklichen Geheimen Oberregierungs- (Justiz-, Kriegs- usw.) Räte" der Ministerien, die

Digitized by Google

b. Die Pflicht zu einer der Würde des Amts entsprechenden Lebensführung.

β. Verletzung der Amtspflichten.

Die Folgen der Verletzung der erwähnten Amtspflichten können sein: strafrechtliche, staatsrechtliche (disziplinare) und civilrechtliche. Über die letzteren ist unten S. 611 zu sprechen.

a. eine strafbare Verletzung der Amtspflichten kann bestehen in dem Verstoß entweder gegen ein allgemein gültiges Strafgesetz oder gegen den 28. Abschnitt des StGB. (Verbrechen und Vergehen im Amte). Die hier aufgezählten Amtsdelikte sind entweder eigentliche, d. h. Handlungen, die nur, wenn von einem Beamten begangen, strafbar sind (zB. Bestechung, Rechtsbeugung, Mißbrauch der Amtsgewalt, StGB. §§ 331—338, 353a), oder uneigentliche, d. h. Handlungen, die auch, wenn von einem Nichtbeamten begangen, strafbar sind, deren Strafbarkeit sich aber erhöht, wenn sie von einem Beamten begangen werden (zB. Nötigung, Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Hausfriedensbruch, Urkundenfälschung, Unterschlagung bei Ausübung des Amts, §§ 339 ff.). In manchen Staaten kann die vorgesetzte Behörde die strafrechtliche (und civilrechtliche) Verfolgung eines Beamten durch Erhebung des Konflikts von einer Vorentscheidung abhängig machen (I, 332[18]).

b. Die Verletzung einer Amtspflicht kann ferner die Bestrafung des Beamten im Wege des Disziplinarverfahrens nach sich ziehen. Gewisse Handlungen sind nur disziplinarisch strafbar, zB. wenn ein Beamter, ohne dadurch gegen ein bestimmtes Strafgesetz zu verstoßen, sich durch sein Verhalten in oder außer seinem Amte der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig zeigt. Stellt sich dagegen eine gegen ein Strafgesetz verstoßende Handlung gleichzeitig als Dienstvergehen dar (zB. ein Beamter wird wegen gewerbsmäßigen Wuchers verurteilt), so ist neben dem Strafverfahren ein Disziplinarverfahren möglich. Der Grundsatz „ne bis in

Digitized by Google

idem" ist hierbei nicht anwendbar, denn er richtet sich nur gegen mehrfache Verfolgung im Straf- oder im Disziplinarverfahren.[16])

Über die Voraussetzungen und Wirkungen des Disziplinarverfahrens vgl. I, 63[7], über den Instanzenzug in Disziplinarsachen I, 707.

3. Rechte der Beamten.

α. Der Beamte genießt bei Ausübung seines Amts einen besonderen strafrechtlichen Schutz (vgl. StGB. 6. Abschnitt, Widerstand gegen die Staatsgewalt, §§ 110 bis 122). Die Beamtenbeleidigung ist dagegen nicht mehr, wie früher, ein eigenes Delikt. Nur kann neben dem Beamten auch dessen Vorgesetzter den Strafantrag stellen (StGB. § 196).

β. Er hat regelmäßig Anspruch auf Titel, Rang[17]) und Uniform.

---

[16]) Es besteht aber in der Regel eine gewisse Abhängigkeit des Disziplinarverfahrens vom Strafverfahren. So bestimmt RBG. § 77 Abs. 2: „Wenn im Laufe eines Disziplinarverfahrens wegen der nämlichen Thatsachen eine gerichtliche Untersuchung gegen den Angeschuldigten eröffnet wird, so muß das Disziplinarverfahren bis zur Beendigung des gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt werden" und § 78: „Wenn von den gewöhnlichen Strafgerichten auf Freisprechung erkannt ist, so findet wegen derjenigen Thatsachen, welche in der gerichtlichen Untersuchung zur Erörterung gekommen sind, ein Disziplinarverfahren nur noch insofern statt, als dieselben an sich und ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Thatbestande der strafbaren Handlung, welche den Gegenstand der Untersuchung bildete, ein Dienstvergehen enthalten. Ist in einer gerichtlichen Untersuchung eine Verurteilung ergangen, welche den Verlust des Amtes nicht zur Folge gehabt hat, so bleibt derjenigen Behörde, welche über die Einleitung des Disziplinarverfahrens zu verfügen hat (§ 84 Abs. 1), die Entscheidung darüber vorbehalten, ob außerdem ein Disziplinarverfahren einzuleiten oder fortzusetzen sei".

[17]) Im Reich und in Preußen werden die höheren Beamten in 5 Klassen geteilt. Über ihnen stehen aber noch die Beamten mit dem Titel Excellenz (die zu „Wirklichen Geheimen Räten" Ernannten und — für die Dauer ihres Amts — die Staatsminister und Oberpräsidenten). Es gehören z.B. in die

I. Klasse: die Unterstaatssekretäre, die „Wirklichen Geheimen Oberregierungs- (Justiz-, Kriegs- usw.) Räte" der Ministerien, die

Digitized by Google

γ. Einzelne Beamtenklassen sind von der Pflicht zur Übernahme gewisser öffentlicher Ämter, insbesondere auch der Kommunalämter, befreit (vgl. zB. hinsichtlich des Schöffen- und Geschworenenamts GVG. § 34). Zur Übernahme einer Vormundschaft bedürfen sie der Genehmigung des Vorgesetzten (BGB. §§ 1784, 1888). Endlich genießen sie bei der Besteuerung gewisse Bevorzugungen; in Preußen zB. wird das Diensteinkommen der Beamten nur zur Hälfte zur Kommunalsteuer herangezogen. Vgl. auch CPO. § 382, StPO. § 49 (Vernehmung der höchsten Beamten als Zeugen an ihrem Amtssitz oder Aufenthaltsorte).

δ. Jeder Berufsbeamte hat endlich regelmäßig gewisse vermögensrechtliche Ansprüche, nämlich auf:

a. Gehalt. Das Gehalt ist die in Form einer dauernden Rente gewährte Gegenleistung des Staats für die dauernde Inanspruchnahme der Gesamtthätigkeit des Beamten. Es werden nicht die einzelnen Arbeiten des Beamten durch das Gehalt entgolten, wie bei anderen Dienstverträgen, vielmehr übernimmt der Staat den Unterhalt des Beamten[18]) für die Dauer des Amtsverhältnisses (und

Präsidenten der Oberrechnungskammer, des Oberverwaltungsgerichts und der Justizprüfungskommission;

II. Klasse: die „Geheimen Oberregierungsräte" usw., die Regierungs- und Oberlandesgerichtspräsidenten, die Universitätsrektoren;

III. Klasse: die „Geheimen Regierungsräte", die Senatspräsidenten an den Oberlandesgerichten, die Landgerichtspräsidenten und die Oberstaatsanwälte;

IV. Klasse: die Regierungs- und Landräte, die Oberlandesgerichts-, Landgerichts- und Amtsgerichtsräte, die Landgerichtsdirektoren, die Ersten Staatsanwälte und die Staatsanwaltschaftsräte;

V. Klasse: die Land- und Amtsrichter, Staatsanwälte, Regierungs- und Gerichtsassessoren.

Die Subalternbeamten zerfallen in vier Klassen; die erste bilden die Ministerialsekretäre, die zweite die Referendarien und Regierungsbauführer.

[18]) Vgl. den ähnlichen Grundsatz des kanonischen Rechts in c. 16 X. 3, 5: qui altario servit, vivere debet de altari. Die Alimentationsnatur des Diensteinkommens zeigt sich besonders in den hinsichtlich der Abtretung, Verpfändung, Pfändung und Aufrechnung bestehenden Beschränkungen (vgl. oben S. 282 und 320, sowie I, 572[37]).

Digitized by Google

sogar noch darüber hinaus, S. 606). Daher ist der Anspruch auf das Gehalt von der wirklichen Leistung der Dienste grundsätzlich[19]) nicht abhängig und läuft zB. auch bei Krankheit oder Beurlaubung fort. Über das Wartegeld vgl. unten S. 608[28].

Außer der nach der Art des Amts und dem Dienstalter des Beamten sich abstufenden Besoldung erhalten die meisten Beamten eine „Wohnungsentschädigung“[20]) oder statt dessen eine Dienstwohnung. Einzelne Beamte (zB. die Notare) erhalten neben ihrer Besoldung oder statt derselben Bezahlung (Gebühren, ehemals Sporteln genannt) seitens der ihre Thätigkeit in Anspruch nehmenden Privatpersonen. Hinsichtlich der Richter bestimmt GVG. § 7: „Die Richter beziehen in ihrer richterlichen Eigenschaft ein festes Gehalt mit Ausschluß von Gebühren“.

b. Ersatz des Dienstaufwands, zB. bei Reisen (Tagegelder und Reisekosten). Hierauf haben auch die Beamten Anspruch, die ihr Amt nicht als Beruf, sondern als Ehrenamt verwalten (zB. Schöffen und Geschworene). Im Falle der Versetzung erhalten die Beamten „Umzugskosten“.

c. Ruhegehalt bei Dienstunfähigkeit.

Im Reich (ebenso in Preußen und ähnlich in allen Bundesstaaten) erhält der Beamte ein Ruhegehalt (Pension), wenn er:

---

[19]) Bei den nicht „etatsmäßig“ angestellten, sondern nur „kommissarisch“ beschäftigten Beamten wird regelmäßig nur die Zeit der wirklichen Beschäftigung bezahlt. Die etatsmäßigen Beamten erhalten ihr Gehalt vierteljährlich im voraus, die kommissarisch beschäftigten für jeden Monat nachträglich (so in Preußen die mit der einstweiligen Verwaltung einer Richterstelle gegen eine Vergütung von 200 Mk. monatlich, einem sog. „Kommissorium“, betrauten Assessoren).

[20]) Die Höhe des Wohnungsgeldzuschusses richtet sich außer nach dem Range auch nach dem Amtssitze der Beamten. Alle deutschen Orte sind zwecks Feststellung der bei der Quartierleistung zu gewährenden Entschädigung („Servis“) in 6 „Servisklassen“ eingeteilt (Klasse A., enthaltend die größten Städte, und 5 Klassen). Danach bemißt sich auch der Wohnungsgeldzuschuß; vgl. oben S. 473[6].

Digitized by Google

1) entweder nach zehnjähriger Dienstzeit dienstunfähig wird,

2) oder vorher, aber bei Ausübung oder aus Veranlassung des Dienstes dienstunfähig wird,

3) oder 65 Jahre alt ist (RBG. §§ 34 ff.)[21])

Einzelne Beamtenklassen (Reichskanzler, Staatssekretäre, Minister, vgl. RBG. § 35) können jederzeit ihre Entlassung fordern und erhalten, und sind dann, auch wenn sie noch nicht dienstunfähig sind, pensionsberechtigt (nach RBG. § 35, falls sie ihr Amt bereits zwei Jahre bekleidet hatten).

b. Fürsorge für die Hinterbliebenen. Die Witwe und die ehelichen Kinder eines verstorbenen Beamten erhalten zunächst das Diensteinkommen für das auf den Sterbemonat folgende Vierteljahr (sog. Gnadenquartal) und fernerhin ein Witwen- und Waisengeld in Höhe eines Bruchteils der Pension, welche der Beamte an seinem Todestage erdient haben würde.[22])

Über die Geltendmachung der den Beamten zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche vgl. S. 610.

4. Beendigung des Beamtenverhältnisses.

α. Das Beamtenverhältnis wird grundsätzlich auf Lebenszeit eingegangen (RBG. § 2). Für die Richter ist dies reichsgesetzlich vorgeschrieben (GVG. § 6; vgl. ebenso

---

[21]) Die Pension beträgt im Reich und in Preußen von dem zuletzt bezogenen gesamten Diensteinkommen $^{15}/_{60}$ für die ersten 10 Dienstjahre und von da ab $^{1}/_{60}$ für jedes weitere zurückgelegte Dienstjahr bis zum Höchstmaße von $^{45}/_{60}$, das also mit 40 Dienstjahren erreicht wird (RBG. §§ 41 ff.). „Kriegsjahre zählen doppelt" (RBG. § 49); die vor den Beginn des 21. Lebensjahrs fallende Dienstzeit bleibt außer Berechnung (RBG. § 48). Die Mitglieder des Reichsgerichts und des Reichsmilitärgerichts steigen (mit 50 Dienstjahren) auf das volle Gehalt (GVG. § 130; MilStGO. § 81).

[22]) Im Reich erhält die Witwe auf Lebenszeit 40 % der Pension, jedes Kind bis zum vollendeten 18. Lebensjahr $^{1}/_{5}$ des Witwengelds, falls die Mutter lebt, sonst $^{1}/_{3}$. Im Reich, in Preußen und den meisten anderen Bundesstaaten sind die Beamten von jeder Beitragszahlung für Witwenkassen usw. jetzt befreit. Ehemals wurden den Beamten meist Abzüge gemacht. Das war auch der Anlaß zu der ehmaligen preuß. Vorschrift, daß jeder Beamte zur Verheiratung der Genehmigung des Vorgesetzten bedürfe (II, 671).

Digitized by Google

MilStGO. § 81). Es kommt jedoch eine Anstellung auf Zeit (so für die Kommunalbeamten, S. 590, die Handelsrichter, S. 592) und auf Kündigung oder Widerruf (so für gewisse Unterbeamte und die im Vorbereitungsdienste befindlichen Personen: Referendare, Justizanwärter, Supernumerare) vor.

β. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen sind Endigungsgründe:

a. Tod des Beamten, vorbehaltlich der Ansprüche der Hinterbliebenen auf Gnadenquartal, Witwen- und Waisengeld (S. 606).

b. Freiwilliges Ausscheiden. Die „nachgesuchte Dienstentlassung" darf — vorausgesetzt natürlich, daß der Beamte seine Dienstgeschäfte erledigt hat — grundsätzlich nicht verweigert werden (vgl. ALR. II, 10 §§ 95, 96). Durch die lebenslängliche Anstellung ist also nur der Staat, nicht der Beamte gebunden. Nach RBG. § 100 und einigen Landesgesetzen kann der Beamte durch freiwilliges Ausscheiden sogar einer drohenden oder schwebenden Disziplinaruntersuchung entgehen.

c. Übertritt in den Ruhestand. Die „Pensionierung" erfolgt meist auf Antrag des Beamten (oben S. 606), sie kann jedoch wegen dauernder Dienstunfähigkeit oder nach Erreichung eines bestimmten Alters (meist des 65. Jahrs, RBG. § 60 a) auch gegen seinen Willen, jedoch nur in einem geordneten Verfahren ausgesprochen werden („zwangsweise Versetzung in den Ruhestand", RBG. §§ 61 ff.). Für die Mitglieder des Reichsgerichts erfolgt die Beschlußfassung durch dessen Plenum (GVG. § 131). Für alle Richter bestimmt jedoch GVG. § 8: „Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amts enthoben oder an eine andere Stelle oder in Ruhestand versetzt werden. Die vorläufige Amtsenthebung, welche kraft Gesetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt. Bei einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke können unfreiwillige Versetzungen an ein anderes

Digitized by Google

Gericht oder Entfernungen vom Amte unter Belassung des vollen Gehalts durch die Landesjustizverwaltung verfügt werden" (vgl. MilStGO. § 81).

b. Verlust des Amts tritt von selbst ein bei der Verurteilung zu Zuchthausstrafe, bei der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter sowie bei der Verurteilung zum Verluste der bekleideten Ämter (StGB. §§ 31, 33, 35 Abs. 2, 81, 83, 84, 87—91, 94, 95).

e. Auf Dienstentlassung (Kassation) kann nur im Disziplinarverfahren (oben S. 602) erkannt werden (I, 64[7]). Dieser, für die Mitglieder des Reichskammergerichts schon im 17. Jahrhundert geltende Grundsatz wurde später für alle Richter anerkannt und gilt heute für alle nicht bloß auf Kündigung oder Widerruf angestellten Beamten, auch für die Verwaltungsbeamten. Jedoch werden diese auch heute noch anders behandelt als die Richter, insofern, als letztere — von Veränderungen in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke abgesehen, s. o. — ohne das Disziplinarurteil nicht einmal zeitweise ihres Amtes enthoben und ebensowenig versetzt werden können (GVG. § 8 s. o.), während alle Verwaltungsbeamten ohne weiteres versetzt (zB. RBG. § 23) und einzelne Klassen von ihnen ferner „unter Bewilligung des gesetzlichen Wartegelds einstweilig in den Ruhestand versetzt werden können"[23]).

---

[23]) Nach RBG. §§ 24, 25 können „auf Wartegeld" (in der Regel $^3/_4$ des Gehalts) oder „zur Disposition" („z. D.") gestellt werden:

a. alle Reichsbeamten, wenn die von ihnen verwalteten Ämter infolge einer Umbildung der Reichsbehörden aufhören;

b. unter anderen die höheren Beamten des Auswärtigen Amts einschließlich der Konsuln.

In Preußen können „auf Wartegeld" (in der Regel $^1/_2$ des Gehalts) gesetzt werden zB. Unterstaatssekretäre, Ministerialdirektoren, Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten, Landräte und Staatsanwälte (PrG. v. 21. 7. 52 § 87). Auf diese Vorschrift gründete sich zB. die Versetzung der Verwaltungsbeamten, welche als Landtagsabgeordnete 1899 gegen die Kanalvorlage gestimmt hatten, in den einstweiligen Ruhestand (S. 601[15]).

Von dem Grundsatze, daß Richter niemals in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, ist gelegentlich der durch das

Digitized by Google

Eine vorläufige Dienstenthebung (Suspension) unter Einbehaltung eines Teils des Gehalts (im Reich und in Preußen der Hälfte) kann bei allen, auch den richterlichen Beamten, als vorläufige Maßregel im Lauf einer gerichtlichen oder disziplinaren Untersuchung vorkommen. Sie tritt nach RBG. §§ 125 ff. ein:

1) kraft Gesetzes: wenn im gerichtlichen Verfahren die Verhaftung des Beamten beschlossen oder gegen ihn ein noch nicht rechtskräftig gewordenes Urteil erlassen ist, das den Verlust des Amts kraft Gesetzes nach sich zieht (S. 597⁹);

2) auf Grund einer von der obersten Reichsbehörde erlassenen Verfügung, sobald gegen den Beamten ein gerichtliches oder disziplinares Verfahren eingeleitet ist.

Der einbehaltene Betrag wird dem Beamten, falls er freigesprochen wird, ganz zurückgezahlt, anderenfalls nur, soweit er durch Strafe, Untersuchungs- oder Stellvertretungskosten nicht verbraucht ist.

d. Privatrechtliche Seite des Staatsdienstes.

Es handelt sich hierbei um die sich als Folge des Staatsdienstes entwickelnden Rechtsbeziehungen, welche materiell nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen sind und für welche prozessual der Rechtsweg zulässig ist. In Frage kommt das Verhältnis des Beamten zum Staat (oder der

---

BGB. veranlaßten Umwälzung abgewichen worden. Nach einem PrG. vom 13. Juli 1899 konnten richterliche Beamte, welche vor dem 1. Januar 1900 das 65. Lebensjahr vollendet hatten, mit ihrer Zustimmung durch Königliche Verfügung mit dem Ablaufe des 31. Dezembers 1899 in den Ruhestand versetzt werden. Sie beziehen in diesem Falle bis zum 31. Dezember 1902, auch wenn sie früher dienstunfähig werden, das Diensteinkommen, welches ihnen vom 1. Januar 1900 ab zustand, einschließlich des bisherigen Wohnungsgeldzuschusses, unverkürzt als Wartegeld. Es sollte damit den älteren Richtern, denen die Einarbeitung in das neue Recht nicht zugemutet werden konnte, die Gelegenheit gewährt werden, in den Ruhestand zu treten, ohne (für die ersten 3 Jahre) die damit sonst eintretende Verminderung ihres Einkommens befürchten zu müssen. Eine zwangsweise Versetzung in den einstweiligen Ruhestand ist auch nach diesem Gesetze den Richtern gegenüber nicht möglich.

Digitized by Google

Kommune), des Beamten zu Dritten und des Staats zu Dritten.

1. Verhältnis des Beamten zum Staate.

Die Rechtsbeziehungen des Beamten zum Staat unterstehen, wie unter c. dargelegt, den Normen des öffentlichen Rechts. Auch soweit die aus dem Staatsdienste für den Beamten entspringenden Vermögensrechte in Frage kommen, ist materiell das öffentliche Recht entscheidend, so über Höhe und Zahlung des Gehalts, über die Erlangung von Zulagen, Erlangung und Höhe der Pension usw. Dagegen hat sich hinsichtlich der prozessualen Geltendmachung dieser Ansprüche in neuerer Zeit überall der Satz ausgebildet, daß darüber der ordentliche Rechtsweg stattfindet. Hinsichtlich der Richter bestimmt GVG. § 9 allgemein: „Wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere auf Gehalt, Wartegeld oder Ruhegehalt darf der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden." Den Reichsverwaltungsbeamten ist der Rechtsweg durch RVG. § 149, den preußischen Verwaltungsbeamten durch § 1 des PrG. vom 24. Mai 1861 betr. die Erweiterung des Rechtswegs gewährleistet. Es muß jedoch eine Entscheidung der vorgesetzten Dienstbehörde vorangehen, gegen welche erst der Rechtsweg (nach RVG. § 150 binnen sechs Monaten, ebenso in Preußen) zulässig ist. Die Klage ist ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand bei der Civilkammer des Landgerichts anzubringen (GVG. § 70, AGGVG. § 39); die Revision findet demgemäß auch bei einem 1500 Mk. nicht erreichenden Beschwerdegegenstande statt (CPO. § 547[2]). Über die Vertretung des Fiskus in solchen Prozessen vgl. III, 201[5].

Besonderes gilt für die sog. Defekte. Stellt sich bei einer Kasse oder einem Magazin ein Fehlbetrag heraus, so hat die Aufsichtsbehörde die Höhe desselben sowie den ersatzpflichtigen Beamten durch begründeten, sofort vollstreckbaren Beschluß festzustellen. Gegen diesen Defektenbeschluß findet außer der Beschwerde im Instanzenzug auch die Berufung auf den Rechtsweg statt, nach RVG. § 144

Digitized by Google

binnen Jahresfrist (RBG. §§ 134 ff., nachgebildet einer Pr. Verordnung vom 24. Januar 1844.).

Die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten gegen den Staat sind nur zum Teile pfändbar (S. 322[7]), und es könnte daher gemäß § 394 BGB., soweit diese Pfändungsbeschränkung herrscht, der Staat dagegen auch nicht mit etwaigen Schadensersatzforderungen aufrechnen. Um dies nun aber zu ermöglichen, bestimmt EGBGB. Art. 81, daß die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche die Aufrechnung gegen Ansprüche der Beamten aus dem Dienstverhältnis, abweichend von § 394 BGB., zulassen.

Nach BGB. § 197 verjähren die Gehaltsansprüche in vier Jahren.

2. Verhältnis des Beamten zu Dritten.

Abgesehen von einzelnen Besonderheiten in der Rechtsstellung der Beamten hinsichtlich der Abtretung (BGB. § 411, S. 333[10]) und der Miete (Kündigungsrecht bei Versetzungen, § 570, S. 495), handelt es sich hierbei um die Frage: unter welchen Voraussetzungen und in welchen Formen der Beamte, der unter Verletzung seiner Amtspflicht einem Dritten Schaden zufügt, hierfür verantwortlich gemacht werden kann. Über diese sog. Syndikatsklage ist I, 331[18] gesprochen. Vgl. auch unten §§ 173, 174 zu §§ 839, 841 BGB.

3. Verhältnis des Staats zu Dritten.

Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Staat oder die Kommune für Verschulden der Beamten haftet, vgl. I, 333[18].

Siebenter Titel. Werkvertrag (BGB. §§ 631—651).

§ 136. Der Werkvertrag.

a. Begriff.

Werkvertrag (im ALR. Werkverdingung, im rR. locatio conductio operis, S. 461) ist ein gegenseitiger Vertrag, wobei der eine Teil (nach BGB. Unternehmer,

Digitized by Google

nach ALR. Werkmeister, im rR. conductor, redemptor operis, vgl. S. 461[2]) zur Herstellung eines Werks, der andere Teil (nach BGB. und ALR. Besteller, im rR. locator) zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet ist.[1])

1. Gegenstand des Werkvertrags ist Herstellung eines Werks, d. h. die Herbeiführung irgend eines durch Arbeit oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolgs (Erbauen eines Hauses, Ziehen eines Grabens, Übernahme einer Opernpartie oder eines Transports, Herstellung eines Gemäldes oder Buchs, ehemals auch der — heute nach der Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht nicht mehr vorkommende — sog. Heereinstandsvertrag, wobei jemand die auf einem Anderen lastende Wehrpflicht zu erfüllen übernahm; vgl. II, 203). Der Werkvertrag unterscheidet sich hierdurch vom Dienstvertrage, bei welchem Vertragsgegenstand das Leisten der Dienste ist, ohne daß der Dienstpflichtige für den Eintritt des dadurch herbeizuführenden Erfolgs einsteht (S. 550).

2. Ein ferneres Begriffsmerkmal des Werkvertrags ist durch das Wort Herstellung (ἀποτέλεσμα, l. 5 § 1 D. 50, 16) ausgedrückt. Dadurch unterscheidet sich der Werkvertrag vom Kaufe, der den Umsatz einer (regelmäßig bereits vorhandenen)[2]) Sache (S. 378) gegen Vergütung zum Gegen-

---

[1]) Der Werkvertrag wird in den römischen Quellen (D. 19, 2) als Unterart der locatio conductio, im ALR. (I, 11 §§ 925 ff.) als Unterart der „Verträge über Handlungen" behandelt. Während die locatio conductio operarum in Rom selten war (S. 549[3]) und daher in den Quellen nur sehr wenig behandelt wird, war die locatio conductio operis ein sehr gewöhnliches Geschäft. Behandelt sind in den Quellen zB.: Hingabe von Rohmaterial zur Herstellung von Gegenständen (l. 2 § 1 D. 19, 2), Übernahme eines Transports (onus vehendum, l. 13 § 1 D. 19, 2, columna transportanda, l. 25 § 7 D. 19, 2) oder einer Arbeitsleistung (gemma includenda aut insculpenda, insula aedificanda, vestimenta polienda, l. 13 §§ 5, 6, l. 22 § 2 D. 19, 2).

[2]) Allerdings können auch noch nicht vorhandene Gegenstände gekauft werden; dabei liegt dem Erwerber aber nur daran, eine Sache gewisser Art zu erhalten, während beim Werkvertrage der Besteller Wert auf die Herstellung durch den Unternehmer oder wenigstens unter seiner Leitung legt. Wenn ich in einer Bronze-

Digitized by Google

stande hat. Hat bei dem Werkvertrage der Unternehmer auch den Stoff zu beschaffen, so wird das Geschäft nach BGB. im wesentlichen dem Kaufe gleich, nach rR. aber völlig als Kauf (emptio rei speratae) behandelt (S. 378).

3. Endlich gehört zum Begriffe des Werkvertrags, daß der Unternehmer eine Vergütung erhält. Dadurch unterscheidet sich der auf eine Geschäftsbesorgung gehende Werkvertrag von dem (unentgeltlichen, S. 666) Auftrage, dem er übrigens in einigen Punkten gleich behandelt wird (S. 623).

4. Einige an sich unter den Begriff des Werkvertrags gehörende Verträge haben eine besondere Ausgestaltung erhalten, sodaß sie nicht mehr als Abarten des Werkvertrags gelten können, sondern als Verträge eigener Art anzusehen sind. Dazu gehören: der Lehrvertrag (oben S. 580), das Kommissionsgeschäft (unten § 137), das Speditionsgeschäft (S. 633), der Transportvertrag (§ 138), die Auslobung (§ 141), der Verlagsvertrag (III, 258).

b. Verpflichtungen des Unternehmers.

Der Unternehmer ist zu vertragsmäßiger und rechtzeitiger Herstellung des Werks verpflichtet. Er ist grundsätzlich — darin liegt ein wesentlicher Unterschied vom Dienstvertrage (S. 550) — nicht zu persönlicher Herstellung verpflichtet; denn der Besteller hat regelmäßig nur daran ein Interesse, daß er das Werk in vertragsmäßiger Ausführung erhält, gleichgültig, wer daran gearbeitet hat. Häufig wird ein großes Werk (Bau einer Brücke oder

---

fabrik eine Apollobüste nach einem mir vorgewiesenen Modell entnehme, so liegt ein Kauf vor, gleichgültig, ob die Büste „am Lager" ist oder erst gegossen werden muß, dagegen ein Werkvertrag, wenn ich etwa ausbedinge, daß der mir als tüchtig bekannte Arbeiter A. Guß und Ciselierung leiten solle. Das ALR. (I, 11 § 925) hatte auf die Persönlichkeit des Unternehmers noch in höherem Maße Wert gelegt als das BGB., insofern es nur die Übertragung eines ganzen Werks in Pausch und Bogen an einen Werkmeister oder Künstler, also an einen Sachverständigen, als Werkvertrag bezeichnete. Das BGB. hat dieses Erfordernis jedoch nicht aufgenommen, wenngleich die meisten Werkverträge eine Sachkunde des Unternehmers voraussetzen.

Digitized by Google

Eisenbahn, eines Hauses oder Kanals) einem Unternehmer in „Entreprise“ verdungen, und dieser verdingt die Teile des Werks wieder weiter an andere Unternehmer. Über die Haftung für Gehülfen vgl. oben S. 127. Andererseits ist auch das Recht des Bestellers aus dem Werkvertrage nicht an seine Person gebunden; er kann also (anders als beim Dienstvertrage, § 613 Satz 2) sein Recht auf Lieferung des Werks abtreten.

1. Haftung für Mängel.

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 1). Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit — was nach (neuer) CPO. § 488 im Wege des Verfahrens zur Sicherung des Beweises festgestellt werden kann — so hat der Besteller folgende Rechte:

α. Recht auf Besserung.

Der Besteller kann Beseitigung des Mangels[3]) verlangen und, falls der Unternehmer damit in Verzug kommt, entweder auf Vornahme der Beseitigung klagen oder diese selbst vornehmen und Ersatz der erforderlichen Auslagen verlangen. Erfordert die Beseitigung jedoch einen unverhältnismäßigen Aufwand (z.B. bei Bauwerken), so kann der Unternehmer sie verweigern (§ 633 Abs. 2, 3). Das Beseitigungsrecht besteht auch hinsichtlich unerheblicher Mängel (nicht aber das unter β. erwähnte Wandelungsrecht).

β. Recht auf Wandelung oder Minderung.

Der Besteller kann aber auch, statt auf Beseitigung des Mangels zu klagen oder diese selbst vorzunehmen, dem Unternehmer (u. zw. gegebenen Falls schon vor der Ab-

[3]) Darin liegt ein praktisch bedeutungsvoller Unterschied des Werkvertrags vom Kaufe; denn bei diesem besteht nach BGB. grundsätzlich ein Recht auf Nachbesserung nicht (S. 415).

Digitized by Google

lieferung) eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen (oder durch den Prozeßrichter in dem Prozeß auf Beseitigung des Mangels bestimmen lassen, CPO. § 255), daß er die Beseitigung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist kann der Besteller nach den für den Kauf geltenden Vorschriften (S. 416) Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung, actio redhibitoria, jedoch nicht bei unerheblichen Mängeln) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung, actio quanti minoris) verlangen, aber nicht mehr Nachbesserung. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 634); zB. wenn ein für einen bestimmten Maskenball nach Maß bestellter und kurz vor Beginn abgelieferter Maskenanzug nicht paßt.

γ. Recht auf Schadensersatz.

Beruht der Mangel des Werks auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat (Verschulden des Unternehmers oder eines Gehülfen, vertragsmäßige Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, S. 414), so kann der Besteller (§ 635) statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, also gemäß § 252 auch entgangenen Gewinn (zB. eine für einen Einzug erbaute, zum Vermieten bestimmte Tribüne wird baupolizeilich nicht abgenommen, weil sie technisch fehlerhaft erbaut ist).

Die Haftung für Mängel kann dem Unternehmer durch Vereinbarung erlassen oder beschränkt werden. Hierauf kann sich der Unternehmer bei arglistigem Verschweigen jedoch nicht berufen (§ 637, pactum ne dolus praestetur, S. 119).

Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werks sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung

Digitized by Google

oder Schadensersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werks. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden (§ 638, sog. Garantiefrist).

2. Haftung für rechtzeitige Herstellung.

Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so fragt es sich, ob ein Fixgeschäft im Sinne des § 361 (S. 235) vorliegt oder nicht. Im ersteren Falle (zB. bei Bestellung eines Brautkleids) kann der Besteller sofort zurücktreten, im letzteren Falle, der der regelmäßige ist, muß er dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist gewähren und kann erst bei fruchtlosem Ablaufe derselben zurücktreten. Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast (§ 636). Ob der Unternehmer sich im (schuldhaften, S. 142) Verzuge befindet, ist für das Rücktrittsrecht unerheblich.

c. Verpflichtungen des Bestellers.

1. Abnahme.

Der Besteller ist (gleich dem Käufer, S. 405) verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen (in den Quellen „approbatio", zB. l. 24 pr. D. 19, 2), sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werks eine eigentliche Abnahme ausgeschlossen ist (§ 640, zB. beim Umsetzen eines Ofens oder Streichen eines Zimmers).[4])

α. Ein mangelhaftes Werk braucht der Besteller nicht abzunehmen und — nach dem für alle gegenseitigen Verträge geltenden § 320, S. 210 — nicht zu bezahlen. Es kommt hier auch nicht darauf an, ob ein vorhandener Mangel

[4]) Unter „abnehmen" versteht BGB. § 640 (wie in § 433) zunächst die Besitzergreifung des Werks, falls eine solche möglich ist; ferner aber auch (wie in § 363) die Annahme als Erfüllung, d. h. die stets mögliche Erklärung des Bestellers, daß er das Werk als vertragsgemäß anerkenne.

Digitized by Google

den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindert. Dieser Umstand ist vielmehr nur für die Frage der Zulässigkeit der Wandelung nach erfolgter Abnahme (§ 634 Abs. 3, S. 615) von Bedeutung.

β. Das BGB. stellt für den Werkvertrag ebensowenig wie für den Kauf (S. 413[8]) den Grundsatz „Augen für Geld" (II, 503) unbedingt auf. Der das Werk abnehmende Unternehmer hat also nicht (wie der Käufer bei Handelskäufen, S. 428) eine Untersuchungs- und Rügepflicht. Nimmt er ein fehlerhaftes Werk an, so behält er trotzdem (innerhalb der Verjährungszeit) die oben S. 614 geschilderten Rechte auf Nachbesserung, Wandelung, Minderung und Schadensersatz. Nur dreht sich gemäß § 363 durch die Annahme als Erfüllung (S. 212) die Beweislast um. Der Besteller muß in einem solchen Falle das Vorhandensein des Mangels z. B. der Abnahme nachweisen. Nimmt jedoch der Besteller ein mangelhaftes Werk in Kenntnis des Mangels ab, so verliert er seine Gewährleistungsansprüche, wenn er sie nicht bei der Abnahme sich vorbehält (§ 640 Abs. 2). Durch vorbehaltlose Annahme gehen also die Ansprüche wegen bekannter, aber nicht die wegen unbekannter Mängel verloren.

2. Vergütung.

α. Ebensowenig wie beim Kaufe (S. 383) und beim Dienstvertrage (S. 552) bedarf es beim Werkvertrag einer ausdrücklichen Vereinbarung, daß und in welcher Höhe eine Vergütung gezahlt werden solle. Vielmehr gilt eine solche als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, und zwar ist beim Vorhandensein einer Taxe die taxmäßige, mangels einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 632).

β. Die Vergütung kann entweder für das Gesamtwerk (per aversionem, l. 36 D. 19, 2) oder für einzelne Teile (z. B. nach laufenden oder Quadratmetern oder nach der Zeit, vgl. l. 51 § 1 D. 19, 2) bestimmt sein. Ist in letzterem Falle das Werk in Teilen abzunehmen, so ist die

Digitized by Google

Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten, im übrigen erst bei Abnahme des ganzen Werks (§ 641). Über den Unterschied zwischen Werkvertrag und Akkorddienstvertrag vgl. S. 551[1].

3. Mitwirkung des Bestellers.

Ist bei der Herstellung des Werks eine Handlung des Bestellers erforderlich (zB. Lieferung des Stoffs für den nach Maß bestellten Anzug, Anprobe desselben), so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 642). Er kann in diesem Falle dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt (§ 643).

4. Pfandrecht des Unternehmers.

Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind (§ 647). Er steht im Konkurse des Bestellers hinsichtlich der noch in seinem Besitze befindlichen Sachen einem Faustpfandgläubiger gleich (KO. § 49[3], I, 622[4]).

Eine besondere Sicherung ist den Bauhandwerkern gewährt (wie auch schon in ALR. I, 11 §§ 971 ff.). Nach § 648 kann der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Ver-

Digitized by Google

gütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Zur Sicherung des den Bauhandwerkern hierdurch gewährten Anspruchs kann die Eintragung einer Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkt werden (BGB. §§ 883 ff.). Hierfür ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, selbst dann zuständig, wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird (CPO. § 942 Abs. 2, vgl. I, 612). Es braucht also nicht, wie bei sonstigen nicht dringlichen einstweiligen Verfügungen, das Prozeßgericht angegangen zu werden; vgl. V, 615.

d. Übergang der Gefahr.

Wie bei allen gegenseitigen Verträgen (S. 208), so auch beim Werkvertrag erhält jeder Teil grundsätzlich nur gegen die Bewirkung der eigenen Leistung einen Anspruch auf die Gegenleistung. Kann A. den bei ihm bestellten Anzug aus irgend einem Grunde nicht abliefern, so erhält er auch nicht den vereinbarten Lohn, selbst wenn er auf das Werk schon Arbeit und Auslagen verwendet hat. Der Unternehmer trägt also grundsätzlich die Gefahr bis zur Abnahme (oder bei nicht abnahmefähigen Werken bis zur Vollendung § 646) des Werks (§ 644 Satz 1); d. h. er erhält keine Vergütung, selbst wenn das Werk durch einen Zufall vor der Abnahme untergeht. Die starre Durchführung dieses Grundsatzes wäre jedoch ohne Unbilligkeit gegen den Unternehmer nicht möglich, und das BGB. ordnet daher — wie auch schon das bisherige Recht[5]) — eine Abschwächung dieses Grundsatzes an.

---

[5]) Nach Gemeinem Rechte war der Übergang der Gefahr, d. h. die Frage, von welchem Augenblick an der Unternehmer trotz zufälligen Untergangs des Werks vor der Abnahme die Vergütung erhalte, streitig. Nach der herrschenden Meinung sollte der Unternehmer die Vergütung auch dann erhalten, wenn das fertige Werk ohne sein Verschulden vor der Abnahme unterging, vorausgesetzt, daß es abnahmefähig war; vgl. l. 37 D. 19, 2: **Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.**

Digitized by Google

1. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über[6]) (§ 644 Satz 2).

2. Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Besteller mit der Auslieferung (S. 391[7]) über (§ 644 Abs. 2).

3. In den Fällen des § 644 handelt es sich um den Gefahrübergang hinsichtlich des fertigen Werks. Der Besteller trägt aber ausnahmsweise auch schon vor Fertigstellung eine gewisse Gefahr, indem er nach § 645 einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der Auslagen gewähren muß, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffs oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist. Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

e. Endigung.

Der Werkvertrag endet, abgesehen von der vertragsmäßigen Erfüllung, durch eintretende Unmöglichkeit. Hierbei kommen die S. 107 dargelegten Regeln zur Anwendung. Grundsätzlich ist der Tod eines der beiden Beteiligten auf den Bestand des Vertrags einflußlos, es sei denn, daß diese eine persönliche Leistung des Unternehmers (Malen eines Bildes, Schreiben eines Buchs) oder Bestellers (Aus-

---

Nach ALR. I, 11 § 960 dagegen verlor der Werkmeister (wie nach BGB.) Arbeitslohn und Auslagen, wenn das Werk vor der Abnahme durch einen Zufall vernichtet wurde. Nur bei Bauten traf zufälliger Verlust den Bauherrn, also den Besteller; es wurde jedoch vermutet, daß ein vor der Übergabe eintretender Unfall aus einem Fehler des Baumeisters entstanden wäre (I, 11 §§ 966 ff.).

[6]) Wenn also bei meinem Schneider Feuer ausbricht und dabei ein für mich nach Maß angefertigter Anzug vernichtet wird, so trifft ihn der Verlust. Habe ich den Stoff geliefert, so braucht der Schneider ihn mir freilich nicht zu ersetzen, wenn er an dem Ausbruche des Feuers schuldlos ist (§ 644 Satz 3). Hatte ich jedoch den Anzug am Tage vor dem Feuer abholen sollen, so muß ich ihn bezahlen; denn ich war im Abnahmeverzuge.

Digitized by Google

bildung für die Oper) voraussetzt. Vgl. noch § 643 (S. 618).

Ein dem Werkvertrag eigentümlicher Endigungsgrund ist das in § 649 dem Besteller eingeräumte **Kündigungsrecht**. Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werks jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[7])

Das Kündigungsrecht besteht jedoch nur bis zur Vollendung, nicht bis zur Abnahme des Werks.

f. Besondere Arten des Werkvertrags.

Abgesehen von den Werkverträgen, welche ihrer Eigenart halber zu besonderen Vertragstypen geworden sind (S. 613), finden sich solche, die den allgemeinen Vorschriften unterstehen und nur in Einzelheiten besonders behandelt werden.

1. Werkvertrag mit Kostenanschlag.

Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt worden, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und ergiebt sich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist, so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grunde kündigt, nur der Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu. Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der

[7]) Wenn also Theaterdirektor A. in X. den Tenoristen B. aus Y. für eine Vorstellung des Lohengrin kommen läßt, so kann er ihn noch nach dem ersten Akte nach Hause schicken. Er muß ihm dann freilich das Spielhonorar zahlen, kann ihm jedoch z.B. den Betrag abziehen, den B. hätte für ein Nachtquartier in X. aufwenden müssen, wenn er die Rolle zu Ende geführt hätte.

Digitized by Google

Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen. (§ 650).

2. Beschaffung des Stoffs durch den Unternehmer (Werklieferungsvertrag).

Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen (zB. ich bestelle einen Anzug bei einem Schneider, der auch das Tuch liefert), so galt das Geschäft nach rR. als Kauf,[8]) nach ALR. dagegen als Werkvertrag (I, 11 §§ 926, 956, 976).

Das BGB. unterscheidet in § 651:

α. Der Unternehmer verpflichtet sich nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen; dann finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.

β. Der Unternehmer hat aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine vertretbare Sache herzustellen (zB. eine Bronzebüste nach einem vorhandenen Modell); dann finden ausschließlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung.[9]) Die Gefahr geht also mit der Übergabe

---

[8]) So entschied Justinian in § 4 J. 3, 24, l. 2 § 1 D. 19, 2 eine bisherige Streitfrage. Dies galt jedoch nicht für den Fall, daß der Unternehmer nur Nebensachen lieferte. Insbesondere wurde die Herstellung eines Bauwerks auf Boden, der entweder dem Besteller gehörte oder wenigstens von ihm gestellt wurde, immer als Werkverdingung betrachtet; vgl. l. 20 D. 18, 1, l. 22 § 2 D. 19, 2. Das Gleiche gilt nach BGB. § 651: die Übertragung der Herstellung eines Bauwerks auf dem vom Besteller angewiesenen Boden (zB. auch eines Cirkus auf einem öffentlichen Platz) ist daher stets Werkverdingung.

[9]) Als locatio conductio irregularis wurde gemeinrechtlich der — besonders in den Bezirken mit ausgedehnter Hausindustrie übliche — Vertrag bezeichnet, wobei der Besteller zwar den Stoff liefert, der Unternehmer aber berechtigt ist, statt des gelieferten Stoffs anderen gleichwertigen zu verarbeiten; zB. Fabrikant A. übergiebt dem Weber B. 100 Kilo Garn zur Herstellung von Gewebe. Die rechtliche Natur dieses Vertrags war gemeinrechtlich sehr bestritten, insbesondere, ob und mit welchem Augenblick Eigentum und Gefahr des Materials auf den Unternehmer übergingen. Das BGB. enthält sich wegen der möglichen Verschiedenheit der Fälle aller Vorschriften. Es ist daher durch die Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung der Verkehrssitte festzustellen, ob der Stoff als dem

Digitized by Google

(S. 389), nicht mit der Abnahme oder Vollendung auf den Besteller über, der Besteller hat kein Nachbesserungs- und kein Kündigungsrecht.

γ. Der Unternehmer hat aus dem von ihm zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare Sache herzustellen (zB. einen Anzug nach Maß); dann wird das Geschäft zwar auch grundsätzlich als Kauf behandelt, insbesondere hat der Unternehmer dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. In einzelnen Beziehungen jedoch, besonders hinsichtlich des Übergangs der Gefahr, der Gewährleistung wegen Mängel und der Verjährung kommen die Vorschriften über den Werkvertrag zur Anwendung.

Ist einer der Beteiligten, Besteller oder Unternehmer, jedoch Kaufmann, und gehört das Geschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes, so finden nach § 381 Abs. 2 HGB. alle Vorschriften über den Handelskauf Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

3. Werkvertrag für eine Geschäftsbesorgung.

Auf einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (zB. Ankauf eines Hauses), finden nach BGB. § 675 einzelne der für den Auftrag geltenden Vorschriften Anwendung. Ein derartiger Geschäftsbesorgungsvertrag erlischt durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des das Geschäft Auftragenden, es sei denn, daß die Geschäftsbesorgung sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (KO. §§ 23, 27).

Arbeiter verkauft anzusehen ist, sodaß dieser sofort das Eigentum hat und die Gefahr trägt, oder ob der Stoff im Eigentum und auf Gefahr des Unternehmers stehen bleibt, bis der Unternehmer von der ihm eingeräumten Ersatzberechtigung Gebrauch macht.

Einen besonderen Fall einer locatio conductio irregularis behandelt die berühmte l. 31 D. 19, 2 (Alfenus): „In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat; quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione."

Digitized by Google

Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen. (§ 650).

2. Beschaffung des Stoffs durch den Unternehmer (Werklieferungsvertrag).

Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen (zB. ich bestelle einen Anzug bei einem Schneider, der auch das Tuch liefert), so galt das Geschäft nach rR. als Kauf,[8]) nach ALR. dagegen als Werkvertrag (I, 11 §§ 926, 956, 976).

Das BGB. unterscheidet in § 651:

α. Der Unternehmer verpflichtet sich nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen; dann finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.

β. Der Unternehmer hat aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine vertretbare Sache herzustellen (zB. eine Bronzebüste nach einem vorhandenen Modell); dann finden ausschließlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung.[9]) Die Gefahr geht also mit der Übergabe

---

[8]) So entschied Justinian in § 4 J. 3, 24, l. 2 § 1 D. 19, 2 eine bisherige Streitfrage. Dies galt jedoch nicht für den Fall, daß der Unternehmer nur Nebensachen lieferte. Insbesondere wurde die Herstellung eines Bauwerks auf Boden, der entweder dem Besteller gehörte oder wenigstens von ihm gestellt wurde, immer als Werkverdingung betrachtet; vgl. l. 20 D. 18, 1, l. 22 § 2 D. 19, 2. Das Gleiche gilt nach BGB. § 651: die Übertragung der Herstellung eines Bauwerks auf dem vom Besteller angewiesenen Boden (zB. auch eines Cirkus auf einem öffentlichen Platz) ist daher stets Werkverdingung.

[9]) Als locatio conductio irregularis wurde gemeinrechtlich der — besonders in den Bezirken mit ausgedehnter Hausindustrie übliche — Vertrag bezeichnet, wobei der Besteller zwar den Stoff liefert, der Unternehmer aber berechtigt ist, statt des gelieferten Stoffs anderen gleichwertigen zu verarbeiten; zB. Fabrikant A. übergiebt dem Weber B. 100 Kilo Garn zur Herstellung von Gewebe. Die rechtliche Natur dieses Vertrags war gemeinrechtlich sehr bestritten, insbesondere, ob und mit welchem Augenblick Eigentum und Gefahr des Materials auf den Unternehmer übergingen. Das BGB. enthält sich wegen der möglichen Verschiedenheit der Fälle aller Vorschriften. Es ist daher durch die Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung der Verkehrssitte festzustellen, ob der Stoff als dem

Digitized by Google

(S. 389), nicht mit der Abnahme oder Vollendung auf den Besteller über, der Besteller hat kein Nachbesserungs- und kein Kündigungsrecht.

γ. Der Unternehmer hat aus dem von ihm zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare Sache herzustellen (zB. einen Anzug nach Maß); dann wird das Geschäft zwar auch grundsätzlich als Kauf behandelt, insbesondere hat der Unternehmer dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. In einzelnen Beziehungen jedoch, besonders hinsichtlich des Übergangs der Gefahr, der Gewährleistung wegen Mängel und der Verjährung kommen die Vorschriften über den Werkvertrag zur Anwendung.

Ist einer der Beteiligten, Besteller oder Unternehmer, jedoch Kaufmann, und gehört das Geschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes, so finden nach § 381 Abs. 2 HGB. alle Vorschriften über den Handelskauf Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

3. Werkvertrag für eine Geschäftsbesorgung.

Auf einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (zB. Ankauf eines Hauses), finden nach BGB. § 675 einzelne der für den Auftrag geltenden Vorschriften Anwendung. Ein derartiger Geschäftsbesorgungsvertrag erlischt durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des das Geschäft Auftragenden, es sei denn, daß die Geschäftsbesorgung sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (KO. §§ 23, 27).

Arbeiter verkauft anzusehen ist, sodaß dieser sofort das Eigentum hat und die Gefahr trägt, oder ob der Stoff im Eigentum und auf Gefahr des Unternehmers stehen bleibt, bis der Unternehmer von der ihm eingeräumten Ersatzberechtigung Gebrauch macht.

Einen besonderen Fall einer locatio conductio irregularis behandelt die berühmte l. 31 D. 19, 2 (Alfenus): „In naven Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat; quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione."

Digitized by Google

Eine durch das HGB. (III. Buch, 3. Abschnitt §§ 383—406) besonders geregelte Art des Geschäftsbesorgungsvertrags ist das **Kommissionsgeschäft**, das durch das HGB. zu einer besonderen Vertragsart ausgestaltet und eigenartig geregelt ist (unten § 137); eine eigene Vertragsart ist auch der **Trödelvertrag**.

Trödelvertrag nennt man einen Vertrag, nach welchem der zur Verfügung über eine Sache Berechtigte diese einem Anderen (dem Trödler) unter einer Taxe, aestimatio, zum Verkauf übergiebt, mit der Vereinbarung, daß der Trödler entweder die Sache zurück geben oder die Taxe zahlen soll. Ein derartiges Geschäft läßt sich je nach den dabei getroffenen Abreden als suspensiv oder resolutiv bedingter Kauf, als Auftrag (wenn der Trödler keinen Nutzen hat) oder als Werkvertrag (Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, S. 630) auffassen. Während das Gemeine Recht und das ALR. den Trödelvertrag als besondere Vertragsart behandelten,[10]) enthält sich das BGB.

[10]) Da der Trödelvertrag Begriffsmerkmale verschiedener Vertragstypen aufweist (vgl. l. 1 D. 19, 3), wurde er vom rR. als eigen gearteter Vertrag (**contractus aestimatorius**) behandelt, der Klasse der Innominatkontrakte unterstellt (sodaß er also erst mit der Hingabe bindend wurde) und mit einer besonderen **actio praescriptis verbis** nach der Formel „**do ut reddas aut rem aut aestimationem**“ ausgerüstet (**actio de aestimato**, Digestentitel 19, 3). Streitig ist, wann der Trödler Eigentümer der ihm zum Verkauf übergebenen Sache wird und mit welchem Augenblicke die Gefahr des zufälligen Untergangs auf ihn übergeht. In letzterer Beziehung besteht ein unlöslicher Widerspruch zwischen zwei aus Ulpians Ediktskommentar entnommenen Stellen, nämlich zwischen l. 1 § 1 D. 19, 3 (**Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit**) und l. 17 § 1 D. 19, 5 (worin dem Trödler die Gefahr nur dann vor dem Verkaufe der Sache oder der Anzeige, daß er sie selbst für die Taxe behalte, auferlegt wird, wenn er die Überlassung zum Verkauf **erbeten** hat).

Das ALR. hatte (I, 11 §§ 511) den Trödelvertrag ebenfalls als besondere Vertragsart behandelt. Nach ALR. war ein ferneres Begriffsmerkmal des nur über bewegliche Sachen möglichen Trödelvertrags die Festsetzung eines bestimmten **Termins**, innerhalb dessen Sache oder Taxe zu leisten waren. Bis zum Ablaufe dieses Termins blieb der Veräußerer Eigentümer der Sache und trug er die Gefahr ihres zufälligen Untergangs.

Digitized by Google

aller besonderen Vorschriften. Ein derartiges Geschäft ist also unter Berücksichtigung der ihm durch die Parteivereinbarungen und die Verkehrssitte gegebenen Gestaltung nach den Regeln der Vertragsart zu beurteilen, deren Merkmale es aufweist. Ein durch die Handelssitte besonders geregelter Trödelvertrag ist die Auslieferung von Büchern durch den Verleger an die Sortimentsbuchhändler „à condition“ (vgl. III, 25[4]).

§ 137. Das Kommissionsgeschäft.

a. Begriff.

Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines Anderen (des **Kommittenten**) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen (HGB. § 383).[1])

---

[1]) Nach dem alten HGB. Art. 360 war Kommissionär, wer gewerbemäßig im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte schloß. Diese Begriffsbestimmung war weiter als die in § 383 des neuen HGB gegebene, da dieses nur den Umsatz in Waren oder Wertpapieren als möglichen Gegenstand eines (**eigentlichen**) Kommissionsgeschäfts bezeichnet. Der Unterschied ist thatsächlich aber nur gering. Denn nach HGB. § 406 kommen die Vorschriften des III. Buchs 3. Abschnitts des HGB. auch auf die **uneigentlichen** Kommissionsgeschäfte zur Anwendung, nämlich:

a. wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt;

b. wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt.

Der Unterschied zwischen der Begriffsbestimmung des alten und des neuen HGB. zeigt sich aber darin, daß die kommissionsweise Vornahme von anderen Handelsgeschäften als von Käufen und Verkäufen nach altem HGB. die Kaufmannseigenschaft begründete, während dies nach neuem HGB. § 1[6] nicht der Fall ist.

Als Einkaufs- und Verkaufskommission gilt endlich auch eine Kommission, welche die **Lieferung einer nicht vertretbaren** beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat. Denn ein derartiger Lieferungsvertrag gilt als handelsrechtlicher Kauf (HGB. § 381 Abs. 2; S. 623).

Digitized by Google

Eine durch das HGB. (III. Buch, 3. Abschnitt §§ 383—406) besonders geregelte Art des Geschäftsbesorgungsvertrags ist das **Kommissionsgeschäft**, das durch das HGB. zu einer besonderen Vertragsart ausgestaltet und eigenartig geregelt ist (unten § 137); eine eigene Vertragsart ist auch der **Trödelvertrag**.

Trödelvertrag nennt man einen Vertrag, nach welchem der zur Verfügung über eine Sache Berechtigte diese einem Anderen (dem Trödler) unter einer Taxe, aestimatio, zum Verkauf übergiebt, mit der Vereinbarung, daß der Trödler entweder die Sache zurück geben oder die Taxe zahlen soll. Ein derartiges Geschäft läßt sich je nach den dabei getroffenen Abreden als suspensiv oder resolutiv bedingter Kauf, als Auftrag (wenn der Trödler keinen Nutzen hat) oder als Werkvertrag (Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, S. 630) auffassen. Während das Gemeine Recht und das ALR. den Trödelvertrag als besondere Vertragsart behandelten,[10]) enthält sich das BGB.

[10]) Da der Trödelvertrag Begriffsmerkmale verschiedener Vertragstypen aufweist (vgl. l. 1 D. 19, 3), wurde er vom rR. als eigen gearteter Vertrag (**contractus aestimatorius**) behandelt, der Klasse der Innominatkontrakte unterstellt (sodaß er also erst mit der Hingabe bindend wurde) und mit einer besonderen **actio praescriptis verbis** nach der Formel „**do ut reddas aut rem aut aestimationem**“ ausgerüstet (**actio de aestimato**, Digestentitel 19, 3). Streitig ist, wann der Trödler Eigentümer der ihm zum Verkauf übergebenen Sache wird und mit welchem Augenblicke die Gefahr des zufälligen Untergangs auf ihn übergeht. In letzterer Beziehung besteht ein unlöslicher Widerspruch zwischen zwei aus Ulpians Ediktskommentar entnommenen Stellen, nämlich zwischen l. 1 § 1 D. 19, 3 (**Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit**) und l. 17 § 1 D. 19, 5 (worin dem Trödler die Gefahr nur dann vor dem Verkaufe der Sache oder der Anzeige, daß er sie selbst für die Taxe behalte, auferlegt wird, wenn er die Überlassung zum Verkauf **erbeten** hat).

Das ALR. hatte (I, 11 §§ 511) den Trödelvertrag ebenfalls als besondere Vertragsart behandelt. Nach ALR. war ein ferneres Begriffsmerkmal des nur über bewegliche Sachen möglichen Trödelvertrags die Festsetzung eines bestimmten **Termins**, innerhalb dessen Sache oder Taxe zu leisten waren. Bis zum Ablaufe dieses Termins blieb der Veräußerer Eigentümer der Sache und trug er die Gefahr ihres zufälligen Untergangs.

Digitized by Google

aller besonderen Vorschriften. Ein derartiges Geschäft ist also unter Berücksichtigung der ihm durch die Parteivereinbarungen und die Verkehrssitte gegebenen Gestaltung nach den Regeln der Vertragsart zu beurteilen, deren Merkmale es aufweist. Ein durch die Handelssitte besonders geregelter Trödelvertrag ist die Auslieferung von Büchern durch den Verleger an die Sortimentsbuchhändler „à condition“ (vgl. III, 25[4]).

§ 137. Das Kommissionsgeschäft.

a. Begriff.

Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines Anderen (des **Kommittenten**) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen (HGB. § 383).[1])

---

[1]) Nach dem alten HGB. Art. 360 war Kommissionär, wer gewerbemäßig im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte schloß. Diese Begriffsbestimmung war weiter als die in § 383 des neuen HGB gegebene, da dieses nur den Umsatz in Waren oder Wertpapieren als möglichen Gegenstand eines (**eigentlichen**) Kommissionsgeschäfts bezeichnet. Der Unterschied ist thatsächlich aber nur gering. Denn nach HGB. § 406 kommen die Vorschriften des III. Buchs 3. Abschnitts des HGB. auch auf die **uneigentlichen** Kommissionsgeschäfte zur Anwendung, nämlich:

a. wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt;

b. wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt.

Der Unterschied zwischen der Begriffsbestimmung des alten und des neuen HGB. zeigt sich aber darin, daß die kommissionsweise Vornahme von anderen Handelsgeschäften als von Käufen und Verkäufen nach altem HGB. die Kaufmannseigenschaft begründete, während dies nach neuem HGB. § 1[6] nicht der Fall ist.

Als Einkaufs- und Verkaufskommission gilt endlich auch eine Kommission, welche die **Lieferung einer nicht vertretbaren** beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat. Denn ein derartiger Lieferungsvertrag gilt als handelsrechtlicher Kauf (HGB. § 381 Abs. 2; S. 623).

Digitized by Google

Der Kommissionär ist hiernach mittelbarer Stellvertreter (III, 546). Dem Dritten gegenüber tritt er nicht als Vertreter, sondern als Partei auf. Verkauft er, so gilt er als Gläubiger der Kaufgeldforderung. Der Kommittent kann diese daher dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen und muß sich Einreden aus der Person des Kommissionärs gefallen lassen (§ 392; vgl. über § 392 Abs. 2 III, 565[4]). Kauft er ein, so wird er zunächst Eigentümer des Guts, und der Verkäufer hat sich ausschließlich an ihn zu halten. Erst durch einen Übertragungsakt des Kommissionärs kann der Kommittent Eigentümer des für seine Rechnung angeschafften Guts werden. Für den Dritten ist es daher rechtlich ganz unerheblich, ob jemand als Kommissionär, d. h. für Rechnung eines Dritten, oder für eigene Rechnung ein Geschäft abschließt. Die für das Kommissionsgeschäft gegebenen besonderen Vorschriften betreffen lediglich das Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten.

Der Kommissionär unterscheidet sich vom Mäkler dadurch, daß dieser nur Geschäfte vermittelt (S. 655), der Kommissionär sie selbst abschließt.

b. Rechtsstellung des Kommissionärs.

1. Pflichten.

α. Der Kommissionär hat das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse und nach den Weisungen des Kommittenten auszuführen, diesem von der Ausführung unverzüglich Anzeige zu machen, ihm Rechenschaft (III, 674) abzulegen und das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben (§ 384). Er darf von den Weisungen des Kommittenten grundsätzlich selbst dann nicht abweichen, wenn er dadurch dessen Interessen besser wahrzunehmen glaubt („Parier Order und thu Unrecht"); sonst wird er schadensersatzpflichtig, und der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen (§ 385). Der Kommissionär darf nur dann von den erhaltenen Weisungen abweichen, wenn er annehmen konnte, daß der Kommittent bei Kenntnis der Sachlage die

Digitized by Google

Abweichung billigen würde. Aber auch dann muß er, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Entschließung des Kommittenten einholen (HGB. § 385 Abs. 2, BGB. § 665).

Besonders häufig erfolgen Einkaufs- und Verkaufskommissionen unter Bestimmung eines höchsten oder niedrigsten Preises („Limitum"). Hält der Kommissionär das Limitum nicht ein, kauft er also zu einem höheren oder verkauft er zu einem niedrigeren als dem vorgeschriebenen Preise, so braucht der Kommittent (vom Falle des § 385 Abs. 2 abgesehen, s. o.) das Geschäft nicht für sich gelten zu lassen. Die Abweichung von der Preisbestimmung gilt jedoch als genehmigt, wenn der Kommissionär nicht unverzüglich auf die Ausführungsanzeige hin das Geschäft zurückweist. Hierzu ist er aber überhaupt nicht berechtigt, wenn der Kommissionär sich in der Ausführungsanzeige zur Deckung des Preisunterschieds erbietet (§ 386).

Der Kommissionär darf auch insofern nicht eigenmächtig verfahren, als er nicht unbefugt dem Dritten Vorschuß leisten (bei der Einkaufskommission) oder Kredit gewähren (bei der Verkaufskommission) darf (§ 393). Über die dem Einkaufskommissionär durch das Depotgesetz auferlegten besonderen Pflichten vgl. III, 566[4].

β. Schließt der Kommissionär zu vorteilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm von dem Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zu statten (§ 387). Dadurch unterscheidet sich die limitierte Verkaufskommission vom Trödelvertrage (S. 624), bei welchem der von dem Trödler über die Taxe hinaus erzielte Verkaufspreis dem Trödler zu gute kommt. Über die besonderen Verhältnisse im Falle des Selbsteintritts des Kommissionärs vgl. S. 632.

γ. Der Kommissionär ist zu einer besonderen custodia (S. 115) hinsichtlich des in seine Verwahrung gelangenden Kommissionsguts verpflichtet. Wird dieses vernichtet oder beschädigt, so ist er dafür verantwortlich, wenn er nicht beweist („es sei denn", vgl. S. 145[12]), daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die

Digitized by Google

Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten (§ 390). Wird dem Kommissionär erkennbar beschädigtes Gut abgeliefert, so muß er die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer wahren, für den Beweis des Zustands (nach CPO. § 488, I, 390[27]) sorgen und dem Kommittenten unverzüglich Nachricht geben; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet (§ 388). Andererseits hat der Kommittent einer Einkaufskommission, die für beide ein Handelsgeschäft ist (also wenn auch der Kommittent Kaufmann ist), hinsichtlich des ihm übermittelten Guts dem Kommissionär gegenüber die Pflichten zu rechtzeitiger Rüge, Anzeige und Aufbewahrung, die der Käufer bei Handelskäufen dem Verkäufer gegenüber hat (§ 391, vgl. S. 428).

δ. Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, grundsätzlich nicht einzustehen; er hat kein „Delkredere". Liefert der Dritte also bei der Einkaufskommission das eingekaufte Gut nicht, oder zahlt er bei der Verkaufskommission den vereinbarten Kaufpreis nicht, so kann der Kommittent vom Kommissionär die Abtretung der ihm gegen den Dritten zustehenden Forderungen verlangen (§§ 384 Abs. 2, 392), nicht aber Erfüllung an Stelle des vertragsbrüchigen Dritten.

Von diesem Grundsatze der Nichthaftung des Kommissionärs macht das HGB. einige Ausnahmen:

a. Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat (§ 384 Abs. 3).

b. Verkauft der Kommissionär unbefugt, und ohne daß der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts die Stundung des Kaufpreises mit sich bringt, auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten (§ 393).

c. Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für

Digitized by Google

Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist. Er kann hierfür eine „Delkredereprovision" beanspruchen (§ 394).

2. Rechte.

α. Der Kommissionär ist gleich einem Beauftragten (BGB. § 662, unten § 142) zu einer Geschäftsbesorgung für einen Anderen verpflichtet. Während jedoch ein Begriffsmerkmal des Auftrags die Unentgeltlichkeit ist, hat der Kommissionär einen Anspruch auf Vergütung (Provision oder Kommission). Der Kommissionär hat seine Provision jedoch nicht bereits mit der Leistung von Diensten verdient (wie der Dienstpflichtige, S. 556), ja nicht einmal schon mit dem Abschlusse des Vertrags mit dem Dritten (wie der Mäkler, S. 657). Sondern er kann die Provision erst fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist, es sei denn, daß die Ausführung des bereits abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist (§ 396).

β. Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften (§ 397). Er kann sich für diese Ansprüche gleich einem Pfandgläubiger aus dem Gute befriedigen, und zwar nach der neuen Vorschrift des § 398 selbst dann, wenn er Eigentümer des Kommissionsguts ist (also eine Art von Pfandrecht an der eigenen Sache). Er hat also zB. als Einkaufskommissionär das Verkaufsrecht aus §§ 1228 ff. BGB. auch dann schon, wenn er den zur Übertragung des Eigentums auf den Kommittenten erforderlichen Akt (Übergabe) noch nicht vorgenommen hat (V, 692[5]).

Dies Pfandrecht gilt auch im Konkurse (KO. § 49[2]).

Digitized by Google

Aus den Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, kann sich der Kommissionär für die im § 397 (s. o.) bezeichneten Ansprüche vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen, obgleich diese Forderungen nach § 392 Abs. 2 (S. 626) im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten (§ 399).[2])

Über das Verfolgungsrecht (droit de suite, right of stoppage in transitu) des Einkaufskommissionärs im Konkurse des Kommittenten vgl. KO. § 44 und I, 620[3].

3. Selbsteintritt des Kommissionärs.

α. Beim Kommmissionsgeschäft ist die regelmäßige Absicht der Beteiligten, daß der Kommissionär als stiller Vertreter des Kommittenten den ihm von diesem aufgetragenen Einkauf oder Verkauf mit einem Dritten abschließt. Würde der Kommissionär in allen Fällen berechtigt sein, das Geschäft „in sich" zu machen, d. h. selbst als Verkäufer oder Käufer aufzutreten, so würde vielfach ein Widerspruch der Interessen eintreten und die Gefahr entstehen, die zum Verbote des „Kontrahierens mit sich selbst" geführt hat (III, 555).

Würden andererseits Vorkehrungen getroffen werden können, welche die Gefahr einer Benachteiligung des Kommittenten beseitigen, so könnte durch die Zulassung des Selbsteintritts des Kommissionärs in vielen Fällen die Ausführung und Abwickelung des Geschäfts erleichtert und vereinfacht werden. Wenn zB. A. in Nauen seinen Bankier B. in Berlin beauftragt, für ihn an der morgigen Berliner

[2]) Wenn also A. dem B. 1000 Centner Kohlen zum kommissionsweisen Verkauf übergiebt und B. die Kohlen für 900 Mk. an C. verkauft, so schuldet C. diese Summe dem B. Pfändet nun aber ein Gläubiger D. des B. dessen Forderung gegen C., so kann A. „intervenieren" (I, 552); denn im Verhältnisse des A. zu B. und D. gilt die Forderung auch schon vor der Abtretung als Forderung des A. Verfällt andererseits A. in Konkurs, so hat B. wegen der in HGB. § 397 bezeichneten Ansprüche ein Absonderungsrecht an der Forderung gegen C.

Digitized by Google

Börse zum Tageskurse 10 000 Mk. Reichsanleihe zu kaufen oder zu verkaufen, so wird es A. meist angenehmer sein, mit B., statt mit einem ihm nach Kredit und Ruf unbekannten Dritten zu thun zu haben. Er könnte dies Ziel freilich auch durch unmittelbaren Kauf- oder Verkaufsantrag an B. erreichen. Hierbei liefe er aber die Gefahr, daß B. die Offerte ablehnt und daß das von ihm gewollte Geschäft alsdann nicht zustande kommt.

Aus diesen praktischen Gründen hat der Handelsverkehr den Selbsteintritt des Kommissionärs grundsätzlich zugelassen, soweit dies mit den Interessen des Kommittenten vereinbar ist. Dies ist der Fall, wenn die Gegenleistung des Kommissionärs sofort objektiv bestimmbar ist, nämlich, wenn das in Frage stehende Gut einen Börsen- oder Marktpreis hat.

Daher bestimmt HGB. § 400: „Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert, oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt. Im Fall einer solchen Ausführung der Kommission beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist".[3])

[3]) Die das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs betreffenden Art. 376, 377 des alten HGB. gewährten dem Kommittenten keinen genügenden Schutz gegen Übervorteilung seitens des seinen Eintritt erklärenden Kommissionärs („Schneiden am Kurse", „Spekulieren auf den Rücken des Kommittenten"). Art. 376 wurde daher durch die §§ 70—74 des Reichsbörsengesetzes vom 22. Juni 1896 ersetzt, an deren Stelle die §§ 400—405 des neuen HGB. getreten sind (EGHGB. Art. 14, VI.).

Die wichtigsten Abweichungen des neuen HGB. vom alten HGB. hinsichtlich des Selbsteintrittsrechts sind:

Digitized by Google

Widerruft der Kommittent die Kommission und geht der Widerruf dem Kommissionär zu, bevor die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist, so steht dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts nicht mehr zu (§ 405 Abs. 3).

β. Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär die gewöhnlichen Pflichten und Rechte eines solchen. Er hat daher einerseits dem Kommittenten den günstigsten Preis zu berechnen (§ 401), andererseits ist er zu der gewöhnlichen Provision berechtigt (§ 403) und kann das gesetzliche Pfandrecht geltend machen (§ 404).

γ. Zeigt der Kommissionär die Ausführung der Kommission an, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß er selbst eintreten wolle, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei (§ 405 Abs. 1). Macht der Kommissionär hierbei einen Dritten nicht namhaft, so haftet er ferner gemäß § 384 Abs. 3 dem Kommittenten persönlich (S. 628).

§ 138. Die Beförderungsgeschäfte.

Gegenstand eines Werkvertrags kann auch die Übernahme der Beförderung von Personen oder Sachen sein. An sich untersteht auch der Transportvertrag den im § 136

---

a. Nach dem neuen HGB. § 400 ist das Selbsteintrittsrecht bei Kommissionen auf Wertpapiere nur zulässig, wenn bei diesen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird (unten § 156d), während nach dem alten HGB. Art. 376 es auch bei Wertpapieren nur darauf ankommen sollte, ob sie einen Börsen- oder Marktpreis haben.

b. In § 400 Abs. 2 Satz 2 des neuen HGB. ist genau bestimmt, welcher Zeitpunkt als die für die Preisberechnung maßgebende Zeit der Ausführung anzusehen ist.

c. Das Interesse des Kommittenten ist durch die neuen Vorschriften der §§ 400 Abs. 3—5, 401, 405 besser gewahrt, und es ist in § 402 bestimmt, daß die Vorschriften des § 400 Abs. 2—5 und des § 401 nicht durch Vertrag zum Nachteile des Kommittenten abgeändert werden dürfen.

Digitized by Google

dargelegten Grundsätzen. Das Transportgeschäft ist aber schon von alters her als Gewerbe betrieben und besonderen Vorschriften unterstellt worden.[1]) Auch nach Reichsrecht bilden die gewerblichen Beförderungsgeschäfte eigene Geschäftsarten, welche durch das HGB., die Gewerbeordnung[2]) und andere Gesetze geregelt sind, sodaß die Vorschriften des BGB. über den Werkvertrag nur beim Mangel besonderer Vorschriften zur Anwendung gelangen.

a. Die Transportgeschäfte des Handelsrechts.

1. Speditionsgeschäft (HGB. III. Buch 4. Abschnitt).

α. Begriff.

Spediteur ist, wer es gewerbsmäßig[3]) übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter

---

[1]) In Rom galt zB. für die **nautae** ein besonderes Recht, worüber unten beim Gastaufnahmevertrage (§ 146) und bei der großen Haverei (**lex Rhodia de jactu**, S. 645[7]) zu sprechen ist.

[2]) Nach RGO. § 105i finden die Vorschriften über die Sonntagsruhe auf das Verkehrsgewerbe keine Anwendung (S. 577). Der Regelung durch die Ortspolizeibehörde unterliegt ferner (§§ 37, 40) die Unterhaltung des öffentlichen Verkehrs innerhalb der Orte und in Übereinstimmung mit der Gemeindebehörde die Festsetzung von Taxen für die Benutzung öffentlich zum Gebrauch aufgestellter Transportmittel (§ 76).

[3]) Der Gewerbebetrieb der Spediteure gilt gemäß HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 6 als Handelsgewerbe; der Spediteur ist also Kaufmann (§ 1 Abs. 1). Aber wie die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft nicht nur auf den Gewerbebetrieb der Berufskommissionäre, sondern auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Geschäftsbesorgung der in § 383 bezeichneten Art übernimmt (§ 406, S. 625[1]), ebenso kommen die Vorschriften über das Speditionsgeschäft nicht nur auf den Gewerbebetrieb der Berufsspediteure, sondern auch dann zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu besorgen übernimmt (§ 415).

Der Zweck des Speditionsgeschäfts ist, den Versender der Notwendigkeit zu überheben, geeignete Frachtführer auszusuchen, die erforderlichen Begleitpapiere auszustellen, beim Auslandsverkehre den Zollvorschriften zu genügen usw. Wenn zB. A. in Berlin an B.

Digitized by Google

von Seeschiffen für Rechnung eines Anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen (HGB. § 407 Abs. 1).

a. Das Speditionsgeschäft betrifft gleich dem Kommissionsgeschäft eine Geschäftsbesorgung im eigenen Namen für fremde Rechnung. Daher finden auf die Rechte und Pflichten des Spediteurs mangels besonderer Vorschriften die für den Kommissionär geltenden Regeln Anwendung (§ 407 Abs. 2). Bei der Spedition geht die Geschäftsbesorgung jedoch auf eine Güterversendung, bei der Kommission auf ein Kaufgeschäft.

b. Der Spediteur *veranlaßt* die Ausführung einer Güterversendung, er bewirkt sie aber nicht selbst. Er ist nicht Frachtführer oder Verfrachter, haftet also nicht für die Ausführung des Transports und steht nicht für einen gelegentlich desselben eintretenden Schaden ein; sondern er besorgt dem Versender nur die Personen (Frachtführer, Verfrachter, Zwischenspediteure), welche die Güterversendung bewirken sollen. Vielfach führt der Spediteur freilich die Beförderung des Guts selbst aus (zB. der Eisenbahn-Spediteur, der das Gut durch eigenes Rollfuhrwerk in die Wohnung des Empfängers schaffen läßt), und er ist hierzu sogar mangels anderer Abreden befugt (Selbsteintrittsrecht des Spediteurs). Dann hat er insoweit jedoch zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers (§ 412).

β. Pflichten des Spediteurs.

Der Spediteur hat die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse und nach den Weisungen des Versenders auszuführen und darf diesem keine höhere als die von ihm selbst gezahlte Fracht berechnen (§ 408).

---

in Chikago eine Lokomobile senden will, dann müßte er einen Frachtführer annehmen, der die Maschine auf den Lehrter Bahnhof bringt, müßte dort die Versendung nach Bremen, hier die Verfrachtung nach New York, daselbst die Verzollung und die Versendung nach Chikago, endlich die Beförderung vom Bahnhof in Chikago an den Aufstellungsplatz besorgen. Alles dies nimmt ihm der Spediteur ab.

Digitized by Google

γ. Rechte des Spediteurs.

a. Der Spediteur erhält für seine Mühe ein Entgelt (Provision), die verdient ist, wenn das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist (§ 409). Hat er sich mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt, so hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Er kann in einem solchen Falle Provision nur verlangen, wenn es besonders vereinbart ist (§ 413).

b. Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen, sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er es noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann (§ 410). Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben. Soweit der Vormann wegen seiner Forderung von dem Nachmanne befriedigt wird, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns auf den Nachmann über. Dasselbe gilt von der Forderung und dem Pfandrechte des Frachtführers, soweit der Zwischenspediteur ihn befriedigt (§ 411).

δ. Verjährung.

Die Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlusts, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts verjähren in einem Jahre. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden (§ 414 Abs. 1, abweichend vom BGB. § 225, III, 615). Die Verjährung beginnt im Falle der Beschädigung oder Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung stattgefunden hat, im Falle des Verlusts oder der verspäteten Ablieferung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen (§ 414 Abs. 2). Über die Voraussetzungen einer Aufrechnung nach Vollendung der Verjährung (vorherige Absendung einer Anzeige, Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, Streitverkündung) vgl. § 414 Abs. 3.

Digitized by Google

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Spediteur den Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Guts vorsätzlich herbeigeführt hat (§ 414 Abs. 4).

2. Frachtgeschäft.

α. Übersicht.

Zu unterscheiden ist:

a. das Landfrachtgeschäft mit den Unterarten Fuhrmannsfrachtgeschäft (HGB. III. Buch 6. Abschnitt) und Eisenbahnfrachtgeschäft (HGB. III. Buch 7. Abschnitt, Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899, Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890);

b. das Seefrachtgeschäft (HGB. IV. Buch 4. Abschnitt);

c. das Flußfrachtgeschäft (RG. betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895, abgeändert durch das EGHGB. Art. 12 und in der neuen Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898, 4. Abschnitt).

β. Landfrachtgeschäft.

a. Frachtführer ist, wer es gewerbsmäßig (vgl. aber HGB. § 451) übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen (§ 425).

b. Für den Landfrachtverkehr kommen 2 Urkunden in Betracht: der Frachtbrief und der Ladeschein.

1) Der Frachtbrief ist die Beurkundung des zwischen dem Frachtführer und dem Absender geschlossenen Werk- (Beförderungs-)Vertrags (§ 426 Abs. 2). Er wird ausgestellt vom Absender, und der Frachtführer kann dies verlangen (§ 426).

Der Ladeschein dagegen ist entscheidend für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Empfänger (§ 446). Er wird ausgestellt vom Frachtführer, dieser ist hierzu aber nicht kraft Gesetzes verpflichtet (§ 444).

Digitized by Google

2) Mit der Ausstellung eines Ladescheins, der gemäß HGB. § 363 Abs. 2 an Order (unten § 167) gestellt werden kann, verpflichtet sich der Frachtführer, das Gut dem zum Empfange Legitimierten auszuhändigen. Zum Empfange legitimiert ist derjenige, an den das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll oder auf den der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist. Der zum Empfange Legitimierte hat schon vor der Ankunft des Guts am Ablieferungsorte die Rechte, welche dem Absender in Ansehung der Verfügung über das Gut zustehen, wenn ein Ladeschein nicht ausgestellt ist. Der Frachtführer darf einer Anweisung des Absenders, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimierten Empfänger auszuliefern, nur Folge leisten, wenn ihm der Ladeschein zurückgegeben wird; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem rechtmäßigen Besitzer des Ladescheins für das Gut verhaftet (§ 447). Ferner ist der Frachtführer zur Ablieferung des Guts nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf dem die Ablieferung des Guts bescheinigt ist, verpflichtet (§ 448). Endlich hat die Übergabe des Ladescheins an denjenigen, der durch den Schein zur Empfangnahme des Guts legitimiert wird, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Guts (§ 450).

Ist dagegen ein Ladeschein nicht ausgestellt, so untersteht der Frachtführer — auch wenn ihm der Absender einen Frachtbrief ausgestellt hat, der eben nichts weiter ist, als die schriftliche Feststellung des zwischen ihm und dem Absender geschlossenen Beförderungsvertrags — zunächst noch den Anordnungen des Absenders (S. 220[3]). Dieser kann ihn anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auszuliefern (§ 433), und der Empfänger ist nur berechtigt, die zur Sicherstellung des Guts erforderlichen Maßregeln zu ergreifen (§ 434). Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt erst, wenn nach der Ankunft des Guts am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem

Digitized by Google

Empfänger übergeben ist, oder wenn dieser, wozu er nach der Ankunft des Guts am Ablieferungsorte berechtigt ist (§ 435), auf Übergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts Klage erhoben hat (§ 433 Abs. 2).

c. Wie schon im römischen (§ 146), so ist auch im modernen Rechte die Verantwortlichkeit des Frachtführers für das zur Beförderung übernommene Gut besonders geregelt.

1) Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Guts in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, es sei denn, daß der Verlust, die Beschädigung oder Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.[4]) Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Wert des Guts bei der Übergabe zur Beförderung angegeben worden ist (§ 429).

2) Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden (§ 431). Übergiebt der Frachtführer zur Ausführung der von ihm übernommenen Beförderung das Gut einem anderen Frachtführer, so haftet er für die Ausführung der Beförderung bis zur Ablieferung des Guts an den Empfänger (§ 432).

3) Bei der Schadensberechnung ist grundsätzlich der gemeine Handelswert am Ort und zur Zeit der Ablieferung zu Grunde zu legen. Ist jedoch der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden (§ 430).[5])

---

[4]) Nach Art. 395 des bisherigen HGB. haftete der Frachtführer bis zur höheren Gewalt (S. 130). Diese ungewöhnlich strenge Haftung ist im neuen HGB. auf die gewöhnliche Haftung (BGB. §§ 276, 282, S. 127) beschränkt.

[5]) Nach Art. 396 Abs. 5 des alten HGB. haftete der Fracht-

Digitized by Google

b. Durch Annahme des Guts und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten (§ 436). Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so sind alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag erloschen, soweit nicht die Beschädigung oder Minderung des Guts vor der Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist oder diese Feststellung bei äußerlich nicht erkennbaren Mängeln unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen Wochenfrist nach der Annahme beantragt wird (§ 438). Die Ansprüche gegen den Frachtführer verjähren in einem Jahre (HGB. §§ 439, 414), die Ansprüche der Frachtführer in zwei Jahren (BGB. § 196[5]).

e. Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute. Das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer das Gut noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Auch nach der Ablieferung dauert das Pfandrecht fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist (§ 440).[6])

f. Für das Eisenbahnfrachtgeschäft gelten folgende Besonderheiten, die in der Hauptsache darauf

führer auf vollen Schadensersatz nur, wenn ihm eine „bösliche Handlungsweise" (S. 114[4]) nachgewiesen werden konnte, nach HGB. § 430 Abs. 3 dagegen haftet er schon bei grobem Versehen in voller Schadenshöhe.

[6]) Bestehen an demselben Gute mehrere für Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter und Frachtführer begründete Pfandrechte, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder durch die Beförderung des Guts entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor. Diese Pfandrechte haben sämtlich den Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters, sowie vor dem Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse (§ 443); vgl. V, 693[6].

Digitized by Google

zurückzuführen sind, daß das Publikum regelmäßig zur Benutzung bestimmter Eisenbahnstrecken gezwungen ist, und die daher bezwecken, der Ausbeutung dieses „thatsächlichen Monopols“ (III, 326) seitens der Eisenbahnverwaltungen entgegenzutreten:

1) Eine dem öffentlichen Güterverkehre dienende Eisenbahn darf die Übernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs nur aus bestimmten Gründen verweigern (HGB. § 453).

2) Die Eisenbahn haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Guts in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entsteht, es sei denn, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten, durch höhere Gewalt, durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, verursacht ist (§ 456). Während also nach HGB. § 429 (anders nach altem HGB., S. 638[4]) der Frachtführer nur für Verschulden haftet, haftet die Eisenbahn (von den Besonderheiten der §§ 459 ff. abgesehen) bis zur höheren Gewalt.

3) Die besonderen Verpflichtungen der Eisenbahnen können weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 471).

γ. Seefrachtgeschäft.

a. Beteiligte Personen.

Wie beim Landfrachtgeschäfte kommen auch hier drei Personen in Betracht: der Absender, der Frachtunternehmer und der Empfänger.

1) Der Absender wird vom HGB. als „Befrachter“ oder als „Ablader“ bezeichnet. Befrachter ist, wer mit dem Frachtunternehmer (dem Verfrachter) den Frachtvertrag abschließt, Ablader, wer das Frachtgut thatsächlich in eigenem Namen auf das Schiff liefert. Regelmäßig

Digitized by Google

ist der Ablader gleichzeitig der Befrachter (d. h. Gegenkontrahent des Frachtunternehmers). Notwendig ist dies jedoch nicht. Wenn zB. B. von A. Güter zur Beförderung nach New-York übernimmt, den Frachtvertrag aber nicht durch eigene Schiffe ausführt, sondern mit C. seinerseits einen Frachtvertrag abschließt, so ist im Verhältnisse zu C. A. Ablader und B. Befrachter.

2) Der Frachtunternehmer (regelmäßig der Rheder des Schiffs, S. 572) wird vom HGB. Verfrachter genannt. Dem Frachtführer des Binnenverkehrs entspricht hiernach der Verfrachter, nicht der Schiffer (S. 571).

b. Abschluß des Frachtvertrags.

Der Frachtvertrag zur Beförderung von Gütern bezieht sich entweder:

1) auf das Schiff im ganzen oder einen verhältnismäßigen Teil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs (Chartervertrag) oder

2) auf einzelne Güter (Stückgütervertrag); HGB. § 556.

c. Urkunden des Seefrachtverkehrs.

1) Beim Chartervertrage kann jeder Teil die Errichtung einer Urkunde verlangen, die sog. Chartepartie (von carta partita, vgl. II, 382); HGB. § 557. Diese entspricht also dem Frachtbriefe des Landfrachtgeschäfts.

2) Nach Beendigung jeder einzelnen Abladung hat der Schiffer oder ein sonst hierzu ermächtigter Vertreter des Rhebers dem Ablader ein Konnossement (von cognoscere, also Empfangsbekenntnis) auszustellen und zwar in so vielen Exemplaren, als der Ablader verlangt (HGB. § 642).

Das Konnossement hat im wesentlichen die Bedeutung des Ladescheins des Landfrachtverkehrs (S. 636). Es ist für das Rechtsverhältnis zwischen dem Verfrachter und dem Empfänger des Guts maßgebend (§ 651). Während aber die Ausstellung eines Konnossements vom Ablader verlangt werden kann, ist der Landfrachtführer zur Ausstellung eines Ladescheins nicht verpflichtet (S. 636).

Digitized by Google

Das Konnossement ist an die Order des Empfängers oder lediglich „an Order" zu stellen (während nach WO. Art. 4[8] im Wechsel stets ein Remittent namentlich bezeichnet sein muß). In letzterem Fall ist unter der Order die Order des Abladers zu verstehen (§ 644). Andererseits ist auch ein Rektakonnossement (auf einen bestimmten Empfänger, nicht an dessen Order lautend) möglich.

Durch Ausstellung des Orderkonnossements übernimmt der Schiffer die Verpflichtung, die Güter im Löschungshafen dem legitimierten Konnossementsinhaber auszuliefern (§ 645). Daher darf er den Anweisungen des Abladers wegen Rückgabe oder Auslieferung der Güter nur dann Folge leisten, wenn ihm die sämtlichen Exemplare des Konnossements zurückgegeben werden (§ 659).

Die Übergabe des Konnossements an denjenigen, welcher durch das Konnossement zur Empfangnahme legitimiert wird, hat, sobald die Güter von dem Schiffer oder einem anderen Vertreter des Rheders zur Beförderung übernommen sind, für den Erwerb von Rechten an den Gütern dieselben Wirkungen wie die Übergabe der Güter (§ 647).

3) Der Ablader hat dem Schiffer auf Verlangen eine von ihm unterschriebene Konnossementsabschrift zu erteilen (§ 642 Abs. 3).

b. Pflichten des Verfrachters.

1) Der Verfrachter hat das Schiff in seetüchtigem Zustande zu liefern. Er haftet dem Befrachter für jeden Schaden, der aus dem mangelhaften Zustande des Schiffs entsteht, es sei denn, daß der Mangel bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht zu entdecken war (§ 559).

2) Bei der Verfrachtung eines Schiffs im ganzen hat der Schiffer, sobald er zur Einnahme der Ladung fertig und bereit ist, dies dem Befrachter anzuzeigen. Mit dem auf die Anzeige folgenden Tage beginnt die Ladezeit. Über die Ladezeit hinaus hat der Verfrachter auf die Abladung noch länger zu warten, wenn es vereinbart ist (Überliegezeit). Für die Ladezeit kann, sofern

Digitized by Google

nicht das Gegenteil bedungen ist, keine besondere Vergütung verlangt werden. Dagegen hat der Befrachter dem Verfrachter für die Überliegezeit eine Vergütung (Liegegeld) zu gewähren (§ 567). Ähnliches gilt für die Löschung (§§ 594 ff.).

Hat der Frachtvertrag Stückgüter zum Gegenstande, so muß der Befrachter auf die Aufforderung des Schiffers ohne Verzug die Abladung bewirken (§ 588).

3) Der Verfrachter haftet grundsätzlich wie der Landfrachtführer, also für sein oder seiner Gehülfen Verschulden (§§ 606 ff., nicht mehr wie nach altem HGB. Art. 607 bis zur höheren Gewalt). Ist jedoch ein Konnossement ausgestellt, so haftet der Verfrachter „skripturmäßig", d. h. er hat ohne weiteres diejenigen Güter auszuliefern oder nötigenfalls zu ersetzen, die im Konnossement als von ihm erhalten aufgeführt sind (§ 652, vgl. jedoch §§ 653 ff.). Die Ansprüche gegen den Verfrachter wegen Beschädigung oder teilweisen Verlusts erlöschen, wenn nicht spätestens am zweiten Werktage nach der Übernahme die amtliche Besichtigung erfolgt ist, ohne Unterschied, ob der Verlust oder die Beschädigung äußerlich erkennbar war oder nicht. Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf solche Verluste und Beschädigungen, die durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit einer Person der Schiffsbesatzung entstanden sind (§ 609).

e. Rechte des Verfrachters.

Die Rechte des Verfrachters entsprechen den Rechten des Landfrachtführers. Jedoch erlischt das gesetzliche Pfandrecht des Verfrachters erst 30 (nicht 3, S. 639) Tage nach der Ablieferung (§ 623).

f. Rücktrittsrecht des Befrachters.

1) Beim Chartervertrage kann der Befrachter vor dem Antritte der Reise von dem Vertrag unter der Verpflichtung zurücktreten, die Hälfte der bedungenen Fracht als Fautfracht (von faute de fret, „wegen Mangel an Fracht") zu zahlen (§ 580). Nach dem Antritte der Reise und beim Stückgütervertrage kann der Befrachter nur gegen Zahlung der Gesamtfracht zurücktreten (§§ 582, 588 ff.).

Digitized by Google

2) Jeder Teil kann ohne Entschädigungspflicht vom Vertrage zurücktreten, wenn der Reiseweg nicht frei ist, insbesondere wenn das Schiff durch Verfügung der Behörden („von hoher Hand") mit „Embargo" belegt, d. h. im Hafen beschlagnahmt und dadurch am Auslaufen verhindert ist (ausländischen Schiffen gegenüber als Repressalie, III, 128, oder bei bevorstehendem Kriegszustand, inländischen gegenüber bei Ausfuhrverboten angewandt).

g. Haverei (HGB. IV. Buch, 7. Abschnitt).

Haverei (vom romanischen haver = Frachtgut oder vom arabischen awâr = Schaden) bedeutet im allgemeinen jedes während der Reise das Vermögen des Rhebers, des Verfrachters oder der Ladungsbeteiligten beschädigende Ereignis.

Man unterscheidet drei Arten der Haverei:

1) Unter kleiner Haverei versteht man die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Kosten der Schiffahrt, wie Lotsen-, Hafen-, Leuchtfeuergeld, Schlepplohn, Quarantäne und Auseisungskosten. Es handelt sich hier im Gegensatze zu den beiden anderen Arten der Haverei nicht um Unfälle, sondern lediglich um eine Erhöhung der Transportkosten, die ausschließlich dem Verfrachter zur Last fällt (§ 621).

2) Die große oder gemeinschaftliche Haverei umfaßt alle Schäden, die dem Schiff oder der Ladung oder beiden zum Zwecke der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch die durch solche Maßregeln ferner verursachten Schäden, ingleichen die Kosten, die zu demselben Zweck aufgewendet werden, zB. Überbordwerfen von Waren oder Schiffsteilen, Auflaufenlassen des Schiffs, Überladung der Ladung in Leichterschiffe.

Die große Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen (§ 700).[7]) Die Be-

[7]) Der hierin liegende Grundsatz, daß das zur Errettung aus gemeinsamer Gefahr Geopferte von allen Beteiligten gemeinsam

Digitized by Google

teiligten haften aber nur dinglich mit den geretteten Gegenständen (§§ 703, 726).

Der gesamte Schaden, welcher die große Haverei bildet, wird über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach dem Verhältnisse des Werts des Schiffs und der Ladung und des Betrags der Fracht verteilt (§ 716). Die Haverei ist sofort durch Verklarung (S. 572) festzustellen. Die Verteilung des Schadens („Aufmachung der Dispache") erfolgt dagegen erst in dem Hafen, wo die Reise endet, durch amtlich bestellte Sachverständige („Dispacheure"); §§ 727 ff. Das hierbei zu beobachtende Verfahren ist jetzt reichsrechtlich durch FrG. §§ 149 ff. geordnet.

3) Die besondere oder partikuläre Haverei umfaßt alle nicht zur großen Haverei gehörenden, durch Unfall verursachten Schäden und Kosten, insbesondere im Fall eines Schiffszusammenstoßes. Die besondere Haverei wird von jedem der betroffenen Eigentümer allein getragen (§ 701). Ist ein Zusammenstoß durch das Verschulden der Besatzung eines Schiffs herbeigeführt, so haftet dessen Rheder für den hierbei entstandenen Schaden (§ 734).

δ. Flußfrachtgeschäft.

Die im Binnenschiffahrtsgesetze vom 15. Juni 1895 aufgestellten Regeln sind teils dem Landfracht-, teils dem Seefrachtrecht entnommen.

a. Die Beteiligten heißen, wie im Landfrachtverkehr, Absender, Frachtführer, Empfänger.

b. Wie im Landfrachtverkehre kann der Frachtführer die Ausstellung eines Frachtbriefs fordern. Andererseits kann der Absender, abweichend vom Landfrachtverkehre (S. 636), die Ausstellung eines (dem Seekonnossement entsprechenden) Ladescheins verlangen (BSchG. §§ 26, 71).

c. Das Rücktrittsrecht des Absenders beim Chartervertrage besteht auch nach BSchG. §§ 33 ff. Die Faut-

getragen werden soll, ist bereits in der dem rhodischen Seerechte nachgebildeten sog. lex Rhodia de jactu (Digestentitel 14, 2) enthalten; vgl. l. 1 D. 14, 2: lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.

Digitized by Google

fracht beträgt aber nicht wie im Seeverkehr $^1/_2$ (S. 643), sondern nur $^1/_3$ der ordentlichen Fracht.

ε. Flößerei.

Die „privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei" sind durch ein RG. vom 15. Juni 1895 geordnet.

Floßführer ist, wer ein Floß auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern führt, gleichviel ob er bei einem Unternehmer, welcher die Beförderung des Floßes übernommen hat (Frachtflößer), oder bei dem Eigentümer des Floßes im Dienste steht, oder ob er die Beförderung des Floßes selbst als Frachtflößer übernommen hat (§ 1).

3. Personenbeförderung.

α. Die Personenbeförderung zur See unterliegt stets, die Personenbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern jedoch nur dann dem HGB., wenn sie von einer hierzu bestimmten Anstalt übernommen wird, d. h. von einem auf dauernden, planmäßigen Großbetrieb gerichteten Unternehmen. Dazu gehören zB. Eisenbahnen, Pferdebahnen, Omnibuslinien, nicht aber ein Droschkenfuhrgeschäft, weil bei diesen die Planmäßigkeit bei Anbietung der Dienste fehlt; HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 5. Im übrigen kommt das für den Dienst- oder den Werkvertrag geltende bürgerliche Recht zur Anwendung.

β. Die Personenbeförderung zu Lande ist nur hinsichtlich der Eisenbahnen besonders geordnet, vgl. HGB. § 472, Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899, Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 (EGBGB. Art. 42), Pr. Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 (III, 322). Im übrigen unterliegt der Geschäftsverkehr der Personenbeförderungsanstalten den Vorschriften über den Dienst- oder den Werkvertrag; für die einzelnen Orte können gemäß §§ 37, 76 RGO. Ortspolizeiverordnungen erlassen werden (S. 633[2]).

γ. Die Personenbeförderung zur See ist durch das HGB. (VI. Buch, 5. Abschnitt: Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden) geordnet. Über das Auswanderungswesen ist ein besonderes RG. vom 9. Juni

Digitized by Google

1897 erlassen. Danach bedürfen Personen, die die Beförderung von Auswanderern nach außerdeutschen Ländern betreiben (Unternehmer), und Personen, die hierbei durch Vorbereitung, Vermittelung oder Abschluß gewerbsmäßig mitwirken (Agenten), der Erlaubnis, welche für Unternehmer nach Bestellung einer Sicherheit von mindestens 50 000 Mk. durch den Reichskanzler, für Agenten nach Bestellung einer Sicherheit von mindestens 1500 Mk. durch die höhere Verwaltungsbehörde für ihren Bezirk erfolgt.

b. Die Geschäfte der Post und der Telegraphie.

1. Die Geschäfte der Post.

α. Rechtsquellen.

Die Übernahme der Beförderung von Schriftstücken, Packeten und Geld ist an sich ebenso Werkvertrag, wie die Übernahme der Beförderung anderer Güter. Soweit jedoch die Staaten diese Geschäfte sich vorbehalten haben (II, 110[5]), unterstehen sie einem besonderen Rechte, während für die von Privatposten abgeschlossenen Beförderungsverträge das für Werkverträge geltende bürgerlichen Recht anzuwenden ist.

Das Deutsche Reich zerfällt wegen der Reservate für Bayern und Württemberg (II, 166[2]) in die Gebiete der Reichspost, der bayrischen und der württembergischen Staatspost. Über das Deutsche Reich hinaus gehören aber fast alle civilisierten Staaten dem Weltpostverein (Union postale universelle) an, für welchen der 1874 auf Anregung des Staatssekretärs Heinrich von Stephan in Bern geschlossene, zuletzt am 15. Juni 1897 in Washington erneuerte Weltpostvertrag die hauptsächliche Rechtsquelle bildet.[8]) Die Organe des Weltpostvereins sind: das Internationale Bureau des Weltpostvereins in Bern und der mindestens alle fünf Jahre zusammentretende Kongreß.

[8]) Der Weltpostvertrag bezieht sich nur auf Briefe und Drucksachen. Der Verkehr mit Wertsendungen, Packeten, Postanweisungen, Postaufträgen und Zeitungen ist durch besondere Verträge zwischen den Teilnehmern des Weltpostvereins geordnet.

Digitized by Google

Das deutsche Postwesen ist geordnet durch das für ganz Deutschland geltende RG. über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 (Reichspostgesetz), erlassen auf Grund der RV. Art. 4[10] und 48 ff. Das Reichspostgesetz ist ergänzt durch die RG. vom 5. Juni 1869 über die Postfreiheiten und vom 28. Oktober 1871 über das Posttaxwesen,[9]) durch das Eisenbahnpostgesetz vom 20. Dezember 1875, ferner durch die Postordnung vom 11. Juni 1892, die jedoch in Bayern und Württemberg nur für die Beziehungen zum Reichspostgebiet und zum Auslande, nicht aber für den inneren Verkehr gilt. Die Vorschriften der Postordnung gelten gemäß RPG. § 50 als Bestandteil des zwischen der Postanstalt und dem Absender oder Reisenden geschlossenen Beförderungsvertrags, also als lex contractus, nicht wie die Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung (nach neuem Rechte, S. 646) als Rechtssätze; sie sind also nicht revisibel; I, 499.

Nach dem bisherigen HGB. Art. 421 fanden die Vorschriften des HGB. über das Frachtgeschäft — freilich nur mangels besonderer Bestimmungen — auch auf die Postanstalten Anwendung. Die Staatspost war also mindestens hinsichtlich der Packetbeförderung Kaufmann. Um die Staatspost nun der Einwirkung des HGB. völlig zu entziehen, bestimmt das neue HGB. § 452, daß auf die Beförderung

---

[9]) Das Reichspostgesetz und das Posttaxgesetz sind abgeändert durch das (II, 110[5] als Entwurf erwähnte) RG. betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen vom 20. Dezember 1899. Durch dieses RG. sind einige Portoermäßigungen eingeführt (Erhöhung des zulässigen Höchstgewichts für den einfachen Brief von 15 auf 20 Gramm, Ermäßigung der Zeitungsgebühr, Zulassung der ermäßigten Ortstaxe für den Nachbarortsverkehr); andererseits ist das Postregal auch auf verschlossene Ortsbriefe ausgedehnt und der Betrieb von Anstalten zur gewerbsmäßigen Einsammlung, Beförderung oder Verteilung von unverschlossenen Briefen, Karten, Drucksachen und Warenproben, die mit der Aufschrift bestimmter Empfänger versehen sind, verboten. Diese mit dem 1. April 1900 eingestellten Privatbriefbeförderungsanstalten und deren Bediensteten, die infolge dieses Gesetzes Schaden erlitten, wurden entschädigt; über die Streitfrage, ob der Staat hierzu verpflichtet war, vgl. V, 252[2].

Digitized by Google

von Gütern durch die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten die Vorschriften des HGB. über das Frachtgeschäft nicht anwendbar sind und daß diese Postverwaltungen nicht als Kaufleute im Sinne des HGB. gelten sollen. Hiernach unterstehen die Beförderungsgeschäfte der Staatsposten mangels besonderer Vorschriften dem BGB.

β. Allgemeine postrechtliche Grundsätze.

a. Die Annahme und Beförderung von Postsendungen darf von der Post nicht verweigert werden, sofern die Vorschriften des Postgesetzes und der Postordnung beobachtet sind. Auch darf keine im Gebiete des Deutschen Reichs erscheinende politische Zeitung vom Postdebit (S. 652) ausgeschlossen oder einer besonderen Behandlung unterworfen werden (RPG. § 3).

b. Das Briefgeheimnis ist unverletzlich (RPG. § 5, wie schon PrVU. Art. 33; vgl. StGB. §§ 299, 355). Ausnahmen finden statt bei strafgerichtlichen Untersuchungen (StPO. § 99: Zulässigkeit der Beschlagnahme von Post- und Telegraphensendungen, die an den Beschuldigten gerichtet sind oder in betreff derer Thatsachen vorliegen, aus welchen zu schließen ist, daß sie von dem Beschuldigten herrühren oder für ihn bestimmt sind und daß ihr Inhalt für die Untersuchung Bedeutung habe) und im Konkurse (KO. § 121: Aushändigung der für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen an den Konkursverwalter auf Anordnung des Konkursgerichts; vgl. I, 666[3]).

c. Die Post leistet nur Ersatz (RPG. §§ 6 ff.):

1) für Sendungen mit Wertangabe in Höhe dieser, sofern sie nicht beweist, daß die Angabe dem wahren Werte nicht entspricht;

2) für Packete (ohne Wertangabe) in Höhe von 3 Mk. für jede angefangenen 500 g;

3) für jede eingeschriebene oder zur Beförderung durch Eilboten aufgelieferte Sendung in Höhe von 42 Mk.

Für einen durch verzögerte Beförderung oder Bestellung der eben bezeichneten Gegenstände entstandenen Schaden leistet die Postverwaltung nur dann Ersatz, wenn die Sache

Digitized by Google

durch die verzögerte Beförderung oder Bestellung verdorben ist oder ihren Wert bleibend ganz oder teilweise verloren hat.

Die Verbindlichkeit der Postverwaltung zur Ersatzleistung bleibt ausgeschlossen, wenn der Verlust, die Beschädigung oder die verzögerte Beförderung oder Bestellung durch die eigene Fahrlässigkeit des Absenders, oder durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses, oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts herbeigeführt worden ist, oder auf einer auswärtigen Beförderungsanstalt sich ereignet hat, für welche die Postverwaltung nicht durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat.

Bei Reisen mit den ordentlichen Posten haftet die Post für das aufgegebene Reisegepäck nach Maßgabe der unter 1) und 2) angeführten Regeln, ferner im Fall einer körperlichen Beschädigung eines Reisenden für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten, wenn die Beschädigung nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist (also nicht wie nach dem Haftpflichtgesetze, III, 327, auch für den sonstigen Schaden). Bei Extraposten haftet die Post überhaupt nicht.

Der Entschädigungsanspruch muß bei der Oberpostdirektion, in deren Bezirke die Sendung aufgeliefert oder der Reisende eingeschrieben ist, oder durch Klage gegen diese binnen 6 Monaten seit der Einlieferung oder der Beschädigung geltend gemacht werden.

b. Die Post genießt — abgesehen von dem II, 56[3] erörterten Postregale — gewisse Vorrechte (RPG. §§ 16 ff.);

1) die Posten sind von allen Verkehrsabgaben (zB. Chausseegeldern) befreit;

2) sie dürfen bei Ungangbarkeit der Wege auch fremdes Eigentum gegen Entschädigung benutzen;

3) sie sind keiner Pfändung (II, 493[3]) unterworfen;

4) das Inventar der Posthaltereien ist unpfändbar, außer bei Konkurs des Posthalters (KO. § 1 Abs. 2);

5) die Postanstalten können unbezahlt gebliebene Ge-

Digitized by Google

bühren im Wege des Verwaltungszwangsverfahren (I, 543[14]) beitreiben;

6) Post- und Portodefraudationen können durch Strafbescheide der Oberpostdirektion erledigt werden (vgl. StPO. §§ 459 ff.).

γ. Die einzelnen Geschäfte der Post.

a. Frachtgeschäfte.

1) Die Beförderung von Briefen und Packeten erfolgt auf Grund von Frachtverträgen, deren Abschluß durch Einwurf in den Briefkasten oder Abgabe am Postschalter angeboten und durch Übernahme der Sendung (Abstempelung), bei Einschreibesendungen durch Aushändigung des Empfangsscheins angenommen wird (und regelmäßig angenommen werden muß, S. 649). Bei Packeten vertritt die Postpacketadresse die Stelle des Frachtbriefs.

2) Die an die Post zu zahlende[10]) Beförderungsgebühr („Porto") wird in der Regel durch Verwendung von Briefmarken entrichtet. Die Briefmarken sind von der Post im Wege gewöhnlicher Kaufgeschäfte ausgegebene Wertzeichen, welche die Post einerseits als Zahlung von Portogebühren anzunehmen sich verpflichtet und welche andererseits die erfolgte Zahlung der Beförderungsgebühr beurkunden, solange sie sich auf der Postsendung befinden. Da heute jedermann die Post benutzt und daher zur Verwendung von Postwertzeichen Gelegenheit hat, so werden diese bei kleineren Zahlungen vielfach als Zahlungsmittel verwendet und angenommen (usuelles Geld, III, 345).

3) Während nach HGB. §§ 436 ff. der Empfänger

[10]) Portofrei sind nach dem für ganz Deutschland geltenden RG. vom 5. Juni 1869 betr. die Portofreiheiten die Sendungen der regierenden Fürsten des Deutschen Reichs, ihrer Gemahlinnen und Witwen, sowie die Sendungen in Reichsdienst-, Reichstags- und Militärangelegenheiten, endlich Briefe an Militärpersonen vom Feldwebel abwärts. Die im Dienste der einzelnen Bundesstaaten erfolgenden Dienstsendungen sind dagegen portopflichtig (III, 200[4]). Jedoch zahlen einzelne Verwaltungen ein jährliches „Aversum" zur Abgeltung aller Porti (so zB. die preußische Justizverwaltung: „Frei laut Aversum Nr. 21").

Digitized by Google

durch die verzögerte Beförderung oder Bestellung verdorben ist oder ihren Wert bleibend ganz oder teilweise verloren hat.

Die Verbindlichkeit der Postverwaltung zur Ersatzleistung bleibt ausgeschlossen, wenn der Verlust, die Beschädigung oder die verzögerte Beförderung oder Bestellung durch die eigene Fahrlässigkeit des Absenders, oder durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses, oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts herbeigeführt worden ist, oder auf einer auswärtigen Beförderungsanstalt sich ereignet hat, für welche die Postverwaltung nicht durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat.

Bei Reisen mit den ordentlichen Posten haftet die Post für das aufgegebene Reisegepäck nach Maßgabe der unter 1) und 2) angeführten Regeln, ferner im Fall einer körperlichen Beschädigung eines Reisenden für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten, wenn die Beschädigung nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist (also nicht wie nach dem Haftpflichtgesetze, III, 327, auch für den sonstigen Schaden). Bei Extraposten haftet die Post überhaupt nicht.

Der Entschädigungsanspruch muß bei der Oberpostdirektion, in deren Bezirke die Sendung aufgeliefert oder der Reisende eingeschrieben ist, oder durch Klage gegen diese binnen 6 Monaten seit der Einlieferung oder der Beschädigung geltend gemacht werden.

b. Die Post genießt — abgesehen von dem II, 56[3] erörterten Postregale — gewisse Vorrechte (RPG. §§ 16 ff.);

1) die Posten sind von allen Verkehrsabgaben (zB. Chausseegeldern) befreit;

2) sie dürfen bei Ungangbarkeit der Wege auch fremdes Eigentum gegen Entschädigung benutzen;

3) sie sind keiner Pfändung (II, 493[3]) unterworfen;

4) das Inventar der Posthaltereien ist unpfändbar, außer bei Konkurs des Posthalters (KO. § 1 Abs. 2);

5) die Postanstalten können unbezahlt gebliebene Ge-

Digitized by Google

bühren im Wege des Verwaltungszwangsverfahren (I, 543[14]) beitreiben;

6) Post- und Portodefraudationen können durch Strafbescheide der Oberpostdirektion erledigt werden (vgl. StPO. §§ 459 ff.).

γ. Die einzelnen Geschäfte der Post.

a. Frachtgeschäfte.

1) Die Beförderung von Briefen und Packeten erfolgt auf Grund von Frachtverträgen, deren Abschluß durch Einwurf in den Briefkasten oder Abgabe am Postschalter angeboten und durch Übernahme der Sendung (Abstempelung), bei Einschreibesendungen durch Aushändigung des Empfangsscheins angenommen wird (und regelmäßig angenommen werden muß, S. 649). Bei Packeten vertritt die Postpacketadresse die Stelle des Frachtbriefs.

2) Die an die Post zu zahlende[10]) Beförderungsgebühr („Porto") wird in der Regel durch Verwendung von Briefmarken entrichtet. Die Briefmarken sind von der Post im Wege gewöhnlicher Kaufgeschäfte ausgegebene Wertzeichen, welche die Post einerseits als Zahlung von Portogebühren anzunehmen sich verpflichtet und welche andererseits die erfolgte Zahlung der Beförderungsgebühr beurkunden, solange sie sich auf der Postsendung befinden. Da heute jedermann die Post benutzt und daher zur Verwendung von Postwertzeichen Gelegenheit hat, so werden diese bei kleineren Zahlungen vielfach als Zahlungsmittel verwendet und angenommen (usuelles Geld, III, 345).

3) Während nach HGB. §§ 436 ff. der Empfänger

[10]) Portofrei sind nach dem für ganz Deutschland geltenden RG. vom 5. Juni 1869 betr. die Portofreiheiten die Sendungen der regierenden Fürsten des Deutschen Reichs, ihrer Gemahlinnen und Witwen, sowie die Sendungen in Reichsdienst-, Reichstags- und Militärangelegenheiten, endlich Briefe an Militärpersonen vom Feldwebel abwärts. Die im Dienste der einzelnen Bundesstaaten erfolgenden Dienstsendungen sind dagegen portopflichtig (III, 200[4]). Jedoch zahlen einzelne Verwaltungen ein jährliches „Aversum" zur Abgeltung aller Porti (so zB. die preußische Justizverwaltung: „Frei laut Aversum Nr. 21").

Digitized by Google

spätestens mit der Ankunft des Frachtguts am Ablieferungsort ein selbständiges Verfügungsrecht erhält, kann bei Postsendungen der Absender noch bis zur wirklichen Aushändigung die Postsendung zurückhalten. Auch kann nur der Absender Ansprüche wegen Beschädigung oder Verlusts erheben (RPG. § 6).

b. Zeitungsdebit.

Die Post übernimmt nicht nur als gewöhnlicher Frachtführer die Beförderung der von Verlegern oder Buchhändlern aufgegebenen Drucksachen, sondern betreibt selbst buchhändlerische Geschäfte, indem jede Postanstalt Bestellungen auf alle Arten periodisch erscheinender Druckschriften annimmt. Hierbei übernimmt die Post außer der Beförderung auch den Debit, d. h. die Besorgung und den Vertrieb der Druckschriften.

c. Einziehungsgeschäfte.

1) Beim Postauftrag übernimmt es die Post, eine mit Quittung versehene Urkunde (Wechsel, Anweisung, Rechnung) über höchstens 800 Mark einer bestimmten Person offen zur Zahlung vorzulegen und den eingezogenen Betrag dem Auftraggeber durch Postanweisung zu übermitteln. Bei Wechseln beauftragt die Post mangels erhaltener Zahlung einen Notar oder Gerichtsvollzieher mit der Protesterhebung, falls der Absender dies durch den Vermerk „Sofort zum Protest" gewünscht hat.

2) Bei der Postnachnahme übernimmt es die Post, eine Sendung (Brief, Packet) uneröffnet dem Empfänger mit der Aufforderung vorzulegen, dagegen eine Zahlung bis höchstens 800 Mk. zu leisten.

b. Bankiergeschäfte.

1) Postanweisungen sind Aufträge an die Post, einen bei ihr eingezahlten Betrag (von höchstens 800 Mk.) einer bestimmten Person auszuzahlen. Erfolgt die Auszahlung durch eine andere Postanstalt, so wird nicht das eingezahlte Geld selbst befördert, sondern nur das Anweisungsformular.

Digitized by Google

2) Durch § 6 des Etatgesetzes v. 30. März 1900 ist der Reichskanzler ermächtigt worden, den Postscheckverkehr einzuführen.

Jedermann kann gegen Zahlung eines unverzinslichen Grundstocks von 100 Mk. die Eröffnung eines Girokonto (S. 294[88]) bei dem seinem Wohnorte nächsten Postscheckamte beanspruchen. Auf jedes Konto eines Girokunden können bei jeder Postanstalt Einzahlungen gemacht werden, welche dem Kunden auf seinem Konto gutgeschrieben werden, und andererseits kann jeder Girokunde, soweit sein Konto den Grundstock übersteigt, davon Zahlungen durch jede Postanstalt leisten. Ist der Empfänger ein Girokunde, so erfolgt die Zahlung durch einfache Zuschreibung auf dessen Konto.

Der Postscheckverkehr soll in weitestem Umfange die Barzahlung ersparen, ebenso wie dies schon bisher in beschränktem Maße durch die S. 293[88] besprochenen Abrechnungsstellen und Giroverbände der Bankiers bezweckt wurde. Es handelt sich zunächst um einen Versuch; die gesetzliche Regelung soll spätestens zum 1. April 1905 erfolgen.

e. Beurkundungsgeschäfte.

Über die Mitwirkung der Post bei Zustellungen im Prozesse vgl. I, 369. Aber auch außerhalb von Prozessen (z.B. bei Kündigungen) übernimmt die Post die „Bestellung gegen Zustellungsurkunde".

2. Die Geschäfte der Telegraphie.

α. Durch das RG. vom 6. April 1892 über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs ist das Recht, Telegraphen- und Fernsprechanlagen für die Vermittelung von Nachrichten zu errichten und zu betreiben, ausschließlich[11])

[11]) Ohne Genehmigung des Reichs können errichtet und betrieben werden:

a. Telegraphenanlagen, welche ausschließlich dem inneren Dienste von Landes- und Kommunalbehörden, Deichkorporationen, Siel- und Entwässerungsverbänden gewidmet sind;

Digitized by Google

dem Reich (in Bayern und Württemberg dem Staate) vorbehalten (II, 56[3]). Andererseits hat jedermann gegen Zahlung der Gebühren das Recht auf Benutzung der Anlagen. Das Telegraphengeheimnis ist in gleicher Weise wie das Postgeheimnis unverletzlich. Für die Benutzung der Telegraphen- und der Fernsprechanlagen ist die Telegraphenordnung vom 9. Juni 1897 und der internationale Telegraphenvertrag vom 21. Juni 1890 maßgebend. Über das Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899 vgl. V, 264[18].

β. Die Geschäfte der Telegraphie sind teils Werkverträge (z.B. die gewöhnlichen Telegramme) teils Dienstverträge, z.B. wenn eine Zeitung eine bestimmte Linie stundenweise mietet oder wenn jemand gegen Zahlung einer Jahresgebühr sich an ein Fernsprechnetz „anschließen läßt". Auch in letzterem Falle handelt es sich nicht um Sachmiete, sondern um Dienstmiete, denn das Wesentlichste ist die Bereitstellung des elektrischen Stroms und der bedienenden Beamten, nicht die Aufstellung des Telephons in der Wohnung.

γ. Die Telegraphenverwaltung übernimmt — und zwar anders als bei der Post, S. 649, selbst nicht gegen eine Versicherungsgebühr — keinerlei Verantwortung für die richtige Übermittelung von Telegrammen. Schuldige Telegraphenbeamte haften nach den allgemeinen Regeln über die Vertretung amtlicher Handlungen.

---

b. Telegraphenanlagen, welche von Transportanstalten auf ihren Linien ausschließlich zu Zwecken ihres Betriebs oder für die Vermittelung von Nachrichten innerhalb der bisherigen Grenzen benutzt werden;

c. Telegraphenanlagen

1. innerhalb der Grenzen eines Grundstücks,

2. zwischen mehreren einem Besitzer gehörigen oder zu einem Betriebe vereinigten Grundstücken, deren keines von dem anderen über 25 Kilometer in der Luftlinie entfernt ist, wenn diese Anlagen ausschließlich für den der Benutzung der Grundstücke entsprechenden unentgeltlichen Verkehr bestimmt sind (RTG. § 3).

Digitized by Google

Achter Titel. Mäklervertrag (BGB. §§ 652—656.)

§ 139. Der Mäklervertrag nach BGB.

a. Begriff.

Mäkler (proxeneta) ist, wer gegen Entgelt (Mäklerlohn, proxeneticum, Sensarie, Courtage) die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachweist oder einen Vertrag vermittelt. Es giebt Grundstücks-, Hypotheken-, Gesinde-, Theaterpersonal-, Versicherungsmäkler usw.[1])

1. Der Mäklervertrag ist nach BGB. (und HGB., unten § 140) eine eigene Vertragsart,[2]) die dem Werkvertrag am nächsten steht. Denn auch beim Mäklervertrage wird der Lohn nur gezahlt im Falle der Herbeiführung eines Erfolgs (s. u.), nicht schon, wie beim Dienstvertrage, für die aufgewendete Thätigkeit. Mäklervertrag und Werkvertrag unterscheiden sich aber dadurch, daß bei letzterem der Unternehmer zur Ausführung des übernommenen Werks verpflichtet, der Werkvertrag also stets ein beiderseitig verpflichtender Vertrag ist, während dies beim Mäklervertrage nicht der Fall zu sein braucht (S. 656).

2. Mäkler ist, wer einen Vertrag durch Nachweis der Gelegenheit ermöglicht oder wer ihn vermittelt, nicht aber, wer den Vertrag als unmittelbarer oder mittelbarer Vertreter (Kommissionär, S. 626) eines Anderen abschließt.

Mäkler und Agent unterscheiden sich dadurch, daß letzterer in einem dauernden Dienstverhältnisse zu einem bestimmten Geschäftsherrn steht (S. 569). Der Sprach-

---

[1]) Nach RGO. § 35 müssen Personen, welche gewerbsmäßig den Abschluß von Immobiliarverträgen, Darlehen und Heiraten (unten § 139 d) vermitteln oder die Geschäfte eines Gesinde- oder Stellenvermittlers betreiben, bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs der Polizei Anzeige machen. Die Polizei kann den Gewerbebetrieb untersagen, wenn Thatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf diesen Gewerbebetrieb darthun.

[2]) Das rR. (Digestentitel 50, 14: De proxeneticis) erkannte die Klagbarkeit des Mäklerlohns an, aber nur im Wege der extraordinaria cognitio (I, 331), da der Mäklervertrag sich unter keine der feststehenden Vertragsarten unterbringen ließ (S. 549[3]).

Digitized by Google

gebrauch ist jedoch unsicher, zB. heißen die Geschäfte, welche sich mit der Unterbringung von Theaterpersonal befassen, „Theateragenturen", und RGO. § 35 spricht von „Vermittelungsagenten".

3. Zum Begriffe des Mäklervertrags gehört die Entgeltlichkeit. Anderenfalls kommen die Vorschriften über den Auftrag oder die auftragslose Geschäftsführung zur Anwendung. Es bedarf aber ebensowenig wie beim Dienstvertrage (S. 552) und beim Werkvertrage (S. 617) der vorherigen Vereinbarung eines Mäklerlohns. Vielmehr gilt dieser als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen (BGB. § 653). Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß die Leistung dem Mäkler „übertragen ist", wozu auch schon genügt, daß sich der Auftraggeber diese Thätigkeit gefallen läßt. Über den Ersatz von Aufwendungen s. u. S. 658.

b. Pflichten des Mäklers.

1. Der Mäkler muß die Interessen des Auftraggebers wahrnehmen und haftet bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht auf Schadensersatz (zB. wenn er bei Vermittelung eines Darlehnsgeschäfts seinem Auftraggeber verschweigt, daß der ihm zugeführte Darlehnsschuldner „frustra excussus" ist). Ob eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn der Mäkler auch für den Vertragsgegner thätig gewesen ist, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falls beurteilen. Widerspricht diese Thätigkeit auch für den anderen Teil dem Inhalte des Mäklervertrags (also nur dann), so ist der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ausgeschlossen (§ 654).

2. Zum Begriffe des Mäklervertrags (im Gegensatze zum Werkvertrage, S. 655) gehört nicht, daß der Mäkler zu einer Thätigkeit (Aufwendung von Bemühungen) verpflichtet ist. Vielmehr kann der Mäklervertrag (was streitig ist)

Digitized by Google

sowohl als einseitig (nämlich nur den Auftraggeber unter der Bedingung erfolgten Abschlusses des Vertrags) verpflichtender, wie als gegenseitiger Vertrag geschlossen sein. Nur in letzterem Falle hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Aufwendung von Bemühungen und Schadensersatz für schuldhafte Unterlassung des Nachweises einer Vertragsgelegenheit. Meist wird dem Auftraggeber an der Übernahme der Verpflichtung zur Aufwendung von Bemühungen durch den Mäkler nichts liegen, da dieser nur im Fall eines durch ihn vermittelten Vertragsabschlusses Mäklerlohn erhält und daher auf die Herbeiführung dieses Erfolgs durch sein natürliches Interesse hingewiesen wird.

c. Pflichten des Auftraggebers.

1. Der Auftraggeber hat dem Mäkler den vereinbarten oder üblichen Mäklerlohn zu entrichten unter zwei Voraussetzungen (§ 652):

α. Der Vertrag muß bindend zustande gekommen sein. Ist er nichtig oder (was dem gleich steht, III, 499) anfechtbar und angefochten, so erhält der Mäkler keinen Lohn. Anders natürlich, wenn der gültig geschlossene Vertrag durch neue Vereinbarung wieder aufgehoben wird. Andererseits ist der Lohn grundsätzlich schon im Falle des Abschlusses, nicht erst im Falle der Erfüllung des Vertrags zu zahlen. Auch beim Mäklervertrag auf Beschaffung eines Darlehens ist der Mäklerlohn schon mit Abschluß des Darlehnsvertrags (pactum de mutuo dando), nicht erst mit Auszahlung des Geldes an den Darlehnsnehmer verdient (anders ERG. 39, 231, weil das Darlehen Realkontrakt sei, vgl. oben S. 520[4]).

Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt. Ist der Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so ist der Mäklerlohn, der Natur des auflösend bedingten Vertrags entsprechend (III, 519), zwar verdient, fällt aber mit Eintritt der Bedingung fort.

β. Der Vertrag muß infolge des Nachweises oder

Digitized by Google

der Vermittelung des Mäklers zustande gekommen sein. Zwischen der Thätigkeit des Mäklers und dem Vertragsschlusse muß also ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Wenn A. weiß, daß B. geneigt ist, A.s Haus zu kaufen, so braucht er dem von ihm zur Beschaffung eines Käufers aufgeforderten C. keinen Mäklerlohn zu zahlen, wenn C. ihm den B. als Käufer benennt. Andererseits kann A., wenn ihm C. den (ihm bis dahin unbekannt gewesenen) B. namhaft gemacht hat, den C. nicht dadurch um den für die Vermittelung des Abschlusses eines Kaufvertrags versprochenen Lohn bringen, daß er unmittelbar mit B. verhandelt.

2. Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt (§ 652 Abs. 2).

3. Der Auftraggeber kann in jedem Augenblicke den Mäkleraufträg widerrufen, ohne etwaige Bemühungen des Mäklers vergüten zu brauchen. Er ist natürlich auch nicht verpflichtet, eine ihm von dem Mäkler nachgewiesene Gelegenheit zum Abschlusse des beabsichtigten Vertrags zu benutzen.

d. Besondere Vorschriften

gelten nach den auf Beschlüssen der Reichstagskommission beruhenden §§ 655, 656:

1. Für Dienstvertragsvermittler (zB. Gesindevermieter, Theateragenten). Ist hier ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohns ist die Herabsetzung ausgeschlossen (§ 655, vgl. § 343, oben S. 227).

2. Für Heiratsvermittler. Nach der bisherigen Praxis des Gemeinen Rechts und des ALR. galt die Heiratsvermittelung gegen Bezahlung an sich nicht als unsittlich und der Ehemäklerlohn daher als klagbar. Anders nach rheinischem Recht und dem sächsischen BGB.

BGB. § 656 läßt durch das Versprechen eines Ehe-

Digitized by Google

mäklerlohns ähnlich wie bei Spielschulden (§ 762) nur eine natürliche Verbindlichkeit (S. 173) entstehen. Einerseits wird dadurch[3]) keine (durch Klage oder Aufrechnung geltend zu machende) Verbindlichkeit begründet, und diese Vorschrift kann auch dadurch nicht umgangen werden, daß durch Ausstellung eines Wechsels oder Schuldanerkenntnisses eine abstrakte Verbindlichkeit geschaffen wird. Andererseits kann das auf Grund des Versprechens Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Die Vorschriften der §§ 655, 656 sind im Gegensatze zu den sonstigen Vorschriften für den Mäklervertrag zwingenden Rechts, weil im öffentlichen Interesse eingeführt.

§ 140. Die Handelsmäkler.

a. Allgemeines.

Der Mäklervertrag hat eine besondere Bedeutung für den Handelsverkehr.

Nach dem alten HGB. waren die Handelsmäkler (Sensale) Beamte. Nach dem neuen HGB. (I. Buch, 8. Abschnitt, §§ 93—104) dagegen giebt es keine amtlich bestellten Handelsmäkler mehr. Allerdings können Handelsmäkler für bestimmte Obliegenheiten (zB. für die Feststellung

[3]) Kohler will den § 656 auf alle auf Heiratsvermittelung abzielenden Geschäfte beziehen. Er erklärt daher zB. auch die Insertionskosten für Heiratsgesuche als unklagbar. Dem ist nicht zuzustimmen. Die Reichstagskommission, die den § 656 eingefügt hat, wollte einerseits die gewerbsmäßige Heiratsvermittelung als unsittlich kennzeichnen, andererseits allen auf die Heiratsvermittelung sich beziehenden Ansprüchen die Klagbarkeit entziehen, um die vielfach Ärgernis erregenden Prozesse abzuschneiden. Diese Absicht hat in § 656 nur unvollkommenen Ausdruck gefunden. Es ist nicht die Heiratsvermittelung überhaupt als unsittlich bezeichnet, sondern nur ausgesprochen, daß der angeblich versprochene Ehemäklerlohn nicht vor den Gerichten erörtert werden soll. Auf sonstige, auf die Anbahnung einer Ehe sich beziehenden Geschäfte ist diese Sondervorschrift nicht zu beziehen, wenn die Geschäfte nicht aus anderen Gründen unsittlich sind und daher dem § 138 (III, 487) unterstehen.

Digitized by Google

des Zustands von Waren und nach §§ 29 ff. des Reichsbörsengesetzes vom 22. Juni 1896 für die Feststellung der Kurse, d. h. des Börsenpreises von Waren und Wertpapieren, sog. Kursmakler)[1]) amtlich bestellt werden. Sie sind dann aber nur insoweit Beamte, nicht hinsichtlich der Ausübung ihrer Vermittlerthätigkeit.

Die Handelsmäkler sind nach HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 7 Kaufleute.

b. Begriff.

Nach HGB. § 93 hat die (besonderen, s. u.) Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Ver-

[1]) Die Kursmakler haben kein Monopol auf Vermittelung der an der Börse geschlossenen Geschäfte. Diese können vielmehr auch von den Parteien unmittelbar oder durch Vermittelung von Privatpersonen („Pfuschmaklern") geschlossen werden. Bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises (Kurses) kann jedoch nur eine Berücksichtigung der durch die Vermittelung von Kursmaklern geschlossenen Geschäfte beansprucht werden; vgl. unten § 156 c.

Die Kursmakler sind, wie im Text erwähnt, nur bei der Feststellung der Kurse amtlich thätig, haben dagegen bei der Vermittelung der Geschäfte die Stellung von Privatmaklern. Nur bestimmt Börsengesetz § 32, damit die Kursmakler die für die Feststellung der Kurse erforderliche Unabhängigkeit haben: „Die Kursmakler dürfen in den Geschäftszweigen, für welche sie bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises mitwirken, nur insoweit für eigene Rechnung oder in eigenem Namen Handelsgeschäfte schließen oder eine Bürgschaft für die von ihnen vermittelten Geschäfte übernehmen, als dies zur Ausführung der ihnen erteilten Aufträge nötig ist. Die Gültigkeit der abgeschlossenen Geschäfte wird hierdurch nicht berührt. Die Kursmakler dürfen, soweit nicht die Landesregierung Ausnahmen zuläßt, kein sonstiges Handelsgewerbe betreiben, auch nicht an einem solchen als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligt sein; ebensowenig dürfen sie zu einem Kaufmann in dem Verhältnis eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen."

Nach § 34 Börsengef. (EGHGB. Art. 14) sind die Kursmakler zur Vornahme von Verkäufen und Käufen befugt, die durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler zu bewirken sind (vgl. zB. HGB. §§ 373 ff.).

Eigentümlicherweise spricht das Börsengef. von „Kursmaklern" während das BGB. und das HGB. „Mäkler", „Handelsmäkler" sagen.

Digitized by Google

tragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt. Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen (die nach dem neuen HGB. im Gegensatze zu Art. 275 des alten HGB. Handelsgeschäfte sein können), finden nicht die §§ 93 ff. HGB., sondern die Vorschriften des BGB. Anwendung, selbst wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt (HGB. § 93).

c. Besondere Pflichten der Handelsmäkler.

1. Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet:

α. unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien,[2]) den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge, sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enthält. Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen („Zeitgeschäfte" im Gegensatze zu den „Kassageschäften"), ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden (§ 94);

β. von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Ware die Probe, falls sie ihm übergeben ist, solange aufzubewahren, bis die Ware ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft

---

[2]) Der Handelsmäkler kann sich in der Schlußnote die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten („Aufgabe vorbehalten", nämlich des Käufers oder Verkäufers). Eine solche Schlußnote braucht die Partei nicht anzunehmen. Thut sie dies jedoch, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind (HGB. § 95, oben S. 6[7]).

Digitized by Google

des Zustands von Waren und nach §§ 29 ff. des Reichsbörsengesetzes vom 22. Juni 1896 für die Feststellung der Kurse, d. h. des Börsenpreises von Waren und Wertpapieren, sog. Kursmakler)[1]) amtlich bestellt werden. Sie sind dann aber nur insoweit Beamte, nicht hinsichtlich der Ausübung ihrer Vermittlerthätigkeit.

Die Handelsmäkler sind nach HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 7 Kaufleute.

b. Begriff.

Nach HGB. § 93 hat die (besonderen, s. u.) Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Ver-

---

[1]) Die Kursmakler haben kein Monopol auf Vermittelung der an der Börse geschlossenen Geschäfte. Diese können vielmehr auch von den Parteien unmittelbar oder durch Vermittelung von Privatpersonen („Pfuschmaklern") geschlossen werden. Bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises (Kurses) kann jedoch nur eine Berücksichtigung der durch die Vermittelung von Kursmaklern geschlossenen Geschäfte beansprucht werden; vgl. unten § 156 c.

Die Kursmakler sind, wie im Text erwähnt, nur bei der Feststellung der Kurse amtlich thätig, haben dagegen bei der Vermittelung der Geschäfte die Stellung von Privatmaklern. Nur bestimmt Börsengesetz § 32, damit die Kursmakler die für die Feststellung der Kurse erforderliche Unabhängigkeit haben: „Die Kursmakler dürfen in den Geschäftszweigen, für welche sie bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises mitwirken, nur insoweit für eigene Rechnung oder in eigenem Namen Handelsgeschäfte schließen oder eine Bürgschaft für die von ihnen vermittelten Geschäfte übernehmen, als dies zur Ausführung der ihnen erteilten Aufträge nötig ist. Die Gültigkeit der abgeschlossenen Geschäfte wird hierdurch nicht berührt. Die Kursmakler dürfen, soweit nicht die Landesregierung Ausnahmen zuläßt, kein sonstiges Handelsgewerbe betreiben, auch nicht an einem solchen als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligt sein; ebensowenig dürfen sie zu einem Kaufmann in dem Verhältnis eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen."

Nach § 34 Börsengef. (EGHGB. Art. 14) sind die Kursmakler zur Vornahme von Verkäufen und Käufen befugt, die durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler zu bewirken sind (vgl. zB. HGB. §§ 373 ff.).

Eigentümlicherweise spricht das Börsengef. von „Kursmaklern" während das BGB. und das HGB. „Mäkler", „Handelsmäkler" sagen.

Digitized by Google

tragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt. Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen (die nach dem neuen HGB. im Gegensatze zu Art. 275 des alten HGB. Handelsgeschäfte sein können), finden nicht die §§ 93 ff. HGB., sondern die Vorschriften des BGB. Anwendung, selbst wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt (HGB. § 93).

c. Besondere Pflichten der Handelsmäkler.

1. Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet:

α. unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien,[2]) den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge, sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enthält. Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen („Zeitgeschäfte" im Gegensatze zu den „Kassageschäften"), ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden (§ 94);

β. von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Ware die Probe, falls sie ihm übergeben ist, solange aufzubewahren, bis die Ware ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft

[2]) Der Handelsmäkler kann sich in der Schlußnote die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten („Aufgabe vorbehalten", nämlich des Käufers oder Verkäufers). Eine solche Schlußnote braucht die Partei nicht anzunehmen. Thut sie dies jedoch, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind (HGB. § 95, oben S. 6[7]).

Digitized by Google

in anderer Weise erledigt wird (S. 431). Er hat die Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen (§ 96).

2. Der Handelsmäkler gilt nicht als ermächtigt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen (§ 97).

3. Der Handelsmäkler gilt als Vertrauensmann beider Parteien. Er haftet daher einerseits jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden (§ 98); andererseits kann er mangels anderweiter Bestimmung von jeder Partei die Hälfte des Mäklerlohns beanspruchen (§ 99).

4. Der Handelsmäkler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich nach der Zeitfolge einzutragen und zu unterzeichnen (§ 100). Er hat den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist (§ 101). Im Lauf eines Rechtsstreits kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen (§ 102). Handelsmäkler, die den Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwiderhandeln, werden mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft (§ 103).[3])

Neunter Titel. Auslobung (BGB. §§ 657—661).

§ 141. Die Auslobung.

a. Begriff.

Auslobung ist die durch öffentliche Bekanntmachung erfolgte Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolgs (Ermittelung eines Verbrechens, Eroberung der

[3]) Auf Personen, welche die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung (HGB. § 104).

Digitized by Google

ersten Kanone im Krieg, Entdeckung eines Heilmittels, Lösung einer Preisaufgabe).

Dem rR. war die Auslobung zwar bekannt.[1]) Da das rR. jedoch dem einseitigen Versprechen — von pollicitatio und votum abgesehen, S. 175 — keine verbindliche Kraft beilegte, so wurde durch die Auslobung eine klagbare Verpflichtung nicht begründet. Das Gemeine Recht erkannte unter dem Einflusse deutschrechtlicher Anschauungen (II, 501) die bindende Kraft des öffentlichen Versprechens an. Um nun aber nicht den Grundsatz der Unverbindlichkeit des einseitigen Versprechens aufgeben zu müssen, wurde die Auslobung von der herrschenden Meinung (Windscheid) als eine „Offerte an eine unbestimmte Person" (in incertam personam, sog. Vertragstheorie) behandelt, die durch die als Annahme dieser Offerte aufzufassende Herbeiführung der Thätigkeit bindend würde, bis dahin aber frei widerruflich sei. Andere (Dernburg) führten die Verpflichtung des Auslobenden auf die nach modernem Rechte mögliche Verpflichtungskraft des einseitigen Versprechens zurück (sog. Pollizitationstheorie) und erklärten daher die einmal veröffentlichte Auslobung für unwiderruflich und die Prämie selbst von demjenigen für verdient, der den erforderten Erfolg ohne Kenntnis der Auslobung herbeigeführt hatte.

Das BGB. folgt (in Übereinstimmung mit ALR. I, 11 §§ 988 ff.) grundsätzlich der Pollizitationstheorie. Der Auslobende ist verpflichtet, die versprochene Belohnung demjenigen zu entrichten, der die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat (§ 657). Nicht ernstlich gemeinte (zB. marktschreierische: „1000 Mk. dem, der nach Gebrauch meiner Zahntinktur noch einmal Zahnschmerzen bekommt"), verbotene oder unsittliche Auslobungen sind nach allgemeinen Grundsätzen (BGB. §§ 118, 134, 138) nichtig. Im übrigen kann auf jede Handlung eine Prämie gesetzt werden, nicht

[1]) Ein in Pompeji gefundenes Sklavenhalsband trägt zB. die Inschrift: **Fugi, tene me, quum revocaveris me domino meo Zosino, accipis solidum.**

Digitized by Google

nur, wie nach ALR., auf „nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen".

Die Selbstbindung des Auslobenden ist jedoch durch die Vorschrift des § 658 beschränkt, wonach die Auslobung bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden kann, ohne daß diejenigen schadensersatzberechtigt sind, die infolge der Auslobung bereits thätig geworden sind oder Ausgaben gemacht haben. Auf die Widerruflichkeit kann jedoch in der Auslobung verzichtet werden; ein Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung (so besonders bei Preisausschreiben, S. 665); der Tod des Auslobers steht dem Widerrufe nicht gleich, ebensowenig die eintretende Geschäftsunfähigkeit.

b. Entrichtung der Belohnung.

1. Ist die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, mehrmals vorgenommen worden, so gebührt die Belohnung demjenigen, der die Handlung zuerst vorgenommen hat. Ist die Handlung von mehreren gleichzeitig vorgenommen worden, so gebührt jedem ein gleicher Teil der Belohnung. Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen, oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten, so entscheidet das Los (§ 659).

2. Haben mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt, für den die Belohnung ausgesetzt ist, so hat der Auslobende die Belohnung unter Berücksichtigung des Anteils eines jeden an dem Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu verteilen (so zB. bei der Festnahme eines flüchtigen Verbrechers). Auch hier entscheidet das Los, wenn die Belohnung unteilbar ist oder nur einem zufallen soll. Ist die Verteilung durch den Auslobenden offenbar unbillig, so kann der Benachteiligte (ähnlich wie im Falle der §§ 317 ff., S. 205) auf anderweite Verteilung der Belohnung gegen die übrigen Beteiligten klagen. Wird die Verteilung des Auslobenden von einem der Beteiligten nicht als verbindlich anerkannt, so ist der Auslobende berechtigt, die Erfüllung zu verweigern, bis die Beteiligten den Streit über ihre Be-

Digitized by Google

rechtigung unter sich ausgetragen haben; jeder von ihnen kann verlangen, daß die Belohnung für alle hinterlegt wird (§ 660).

c. Preisausschreiben.

Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird (weil der Auslobende sonst die Entscheidung stets mit der Begründung hinausschieben würde, daß er noch eine bessere Lösung erwarte). Gemäß § 658 (s. o.) ist ein Preisausschreiben daher im Zweifel unwiderruflich. Die Entscheidung darüber, ob eine fristgerechte Bewerbung der Auslobung entspricht, oder welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient, ist durch die in der Auslobung bezeichnete Person (Preisrichter), in Ermangelung einer solchen durch den Auslobenden zu treffen. Die Entscheidung ist für die Beteiligten verbindlich. Bei Bewerbungen von gleicher Würdigkeit wird der Preis geteilt, bei Unteilbarkeit verlost.

Die Übertragung des Eigentums an dem Werke kann der Auslobende nur verlangen, wenn er in der Auslobung bestimmt hat, daß die Übertragung erfolgen soll (§ 661). Das bezieht sich nicht nur auf das Eigentum an dem Modell oder Schriftwerke, sondern auch auf das dadurch verkörperte Urheber- oder Erfinderrecht. Eine Zeitung, die für die beste Novelle 1000 Mk. aussetzt, erhält also nicht ohne weiteres das Recht des Abdrucks der preisgekrönten Arbeit.

Zehnter Titel. Auftrag (BGB. §§ 662—676).

§ 142. Der Auftrag.

a. Begriff[1]).

Auftrag (mandatum) ist die Übertragung der unentgeltlichen Besorgung eines Geschäfts. Hierin liegt:

[1]) Institutionentitel 3, 26: De mandato; Digestentitel 17, 1, Codextitel 4, 35: Mandati vel contra. ALR. I, 13, 1. Abschnitt: „Von Vollmachtsaufträgen".

Digitized by Google

1. Durch den Auftrag und dessen Annahme wird zunächst nur ein Rechtsverhältnis zwischen den beiden Beteiligten, dem Auftraggeber (Mandanten, in den Quellen mandans, mandator) und dem Beauftragten (Mandatar, in den Quellen procurator, nicht mandatarius) geschaffen. Die Geschäftsbesorgung, auf welche der Auftrag geht, kann rechtlicher (Einkauf, Verkauf, Prozeßführung) oder thatsächlicher Art sein (Abholung einer Sache, Fütterung eines Tiers, Schreiben eines Briefs). Der Auftrag zu einer Rechtsbesorgung kann insbesondere darauf abzielen, daß der Beauftragte einem Dritten gegenüber an Stelle des Auftraggebers, also als dessen Stellvertreter, eine Rechtshandlung vornehmen soll. Dann ist der Beauftragte im Verhältnisse zum Dritten Bevollmächtigter des Auftraggebers. Wie sich hieraus ergiebt, *kann* die Vollmacht auf einem Auftrage beruhen. Aber wie schon III, 563 dargestellt, sind Vollmacht und Auftrag (beides wurde im rR. mit dem Ausdrucke mandatum bezeichnet) streng von einander zu sondernde Begriffe. Das Auftragsverhältnis betrifft das *Innenverhältnis* zwischen Auftraggeber und Beauftragten, die auf einem Auftrage beruhende Vollmacht betrifft dagegen das *Außenverhältnis* beider zu einem Dritten. Andererseits gewährt nur ein sehr geringer Teil der Aufträge eine Vertretungsbefugnis, also eine Vollmacht (zB. nicht das Kommissionsgeschäft, da der Kommissionär im eigenen Namen handelt), während umgekehrt durchaus nicht alle Vollmachten auf Aufträgen beruhen, sondern zB. häufig auf Dienstvertrag (III, 560). Das BGB. behandelt daher die Vollmacht im Allgemeinen Teil (§§ 167 ff.), den Auftrag im Rechte der Schuldverhältnisse.

2. Ein unentbehrliches Begriffsmerkmal des Auftrags nach dem BGB.[2]) ist die *Unentgeltlichkeit*. Erfolgt

[2]) Ebenso bestimmte l. 1 § 4 D. 17, 1: [**Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.** Stellte sich ein verabredeter Entgelt jedoch nicht als Bezahlung (merces), sondern als Ehrensold (honorarium) dar, dann wurde

Digitized by Google

die Übernahme der Geschäftsbesorgung gegen Entgelt,[3]) so ist das Geschäft nicht als Auftrag, sondern als Dienst-, Werk- oder Mäklervertrag zu behandeln, je nach der Art des übernommenen Geschäfts. Es finden jedoch auf derartige entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge die meisten der für den Auftrag gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 675, oben S. 613 und S. 623), nämlich die §§ 663 (Ablehnungspflicht, S. 669), 665—670 (beiderseitige Verpflichtungen, S. 670), 672—674 (besondere Endigungsgründe, S. 672). Nicht für anwendbar erklärt sind nur die §§ 664 (Übertragbarkeit) und 671

---

dadurch der Charakter des Geschäfts als Mandat nicht berührt. Das Honorar war aber nicht durch eine civilrechtliche Klage, sondern nur im Wege der **extraordinaria cognitio** einklagbar (I, 331). Unter den Begriff des Mandats wurden dann auch die Dienstverträge über **operae liberales** gestellt (S. 548[2]), weil bei diesen ebenfalls der Entgelt nicht als **merces**, sondern als **honorarium** aufgefaßt wurde. Nach Gemeinem Rechte war die Unentgeltlichkeit kein Begriffsmerkmal des Mandats mehr. Der entgeltliche Auftrag zur Vornahme von Rechtsgeschäften und zu liberalen Diensten wurde als Mandat, zu sonstigen Diensten als Dienstvertrag behandelt. Auch nach ALR. I, 13 §§ 74 ff. war die Unentgeltlichkeit kein Begriffsmerkmal des Auftrags. Das ALR. verstand jedoch unter Auftrag nur den „Vollmachtsauftrag", d. h. die Übertragung der Besorgung eines Rechtsgeschäfts mit Stellvertretungsermächtigung (I, 13 § 5).

Das ALR. behandelte in I, 14 Abschnitt 2 als besonderen „Verwaltungsvertrag" die Verwaltung fremder Sachen und Güter (zB. Gutsverwaltung). Das BGB. kennt den Verwaltungsvertrag als besondere Vertragsart nicht; bei Unentgeltlichkeit sind die Vorschriften des Auftrags, bei Entgeltlichkeit die des Dienstvertrags unter Beachtung der in § 675 für anwendbar erklärten Vorschriften anzuwenden.

[3]) Dagegen verliert eine unentgeltlich übernommene Geschäftsbesorgung dadurch nicht den Charakter eines Auftrags, daß der Auftraggeber nachträglich freiwillig eine Vergütung (Trinkgeld!) leistet, wenn der Beauftragte nur keinen vertragsmäßigen Anspruch darauf hatte.

Von der Schenkung unterscheidet sich die Übernahme des Auftrags dadurch, daß bei der Schenkung, nicht aber beim Auftrag, in der Regel ein Übergang aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen erfolgt. Die Ausführung eines Auftrags ist freilich dann Schenkung, wenn der Beauftragte für derartige Dienstleistungen bezahlt zu werden pflegt (S. 441).

Digitized by Google

(Widerruf und Kündigung). Besonderen gesetzlichen Vorschriften unterstellt sind die Geschäftsbesorgungsaufträge für Rechtsanwälte (I, 242[3]), Notare (I, 243[3]), Gerichtsvollzieher (I, 367[9]), Handlungsagenten (S. 569), Handelsmäkler (S. 659), Kommissionäre (S. 625), Spediteure (S. 633), Frachtführer (S. 636), Schiffer (S. 572), Lagerhalter (S. 690).

3. Zum Begriffe des Auftrags gehört endlich, daß die Besorgung des von dem Auftraggeber übertragenen Geschäfts „für diesen" erfolgt. Ist der Auftrag dahin gerichtet, daß der Beauftragte für sich selbst, in seinem eigenen Interesse, ein Geschäft besorgen soll, so kommen nicht die Vorschriften der §§ 662—675, sondern die Grundsätze über Rat und Empfehlung zur Anwendung. Nach § 676 ist, wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rats oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.[4])

---

[4]) Die Römer unterschieden das **mandatum mea gratia** (im Interesse des Auftraggebers), **tua gratia** (im Interesse des Beauftragten) und **aliena gratia** (im Interesse eines Dritten). Eine klagbare Verpflichtung entstand in den Fällen des **mandatum tua gratia** (des Rats und der Empfehlung) nur dann (l. 2 D. 17, 1), wenn der Mandant entweder vertragsmäßig die Garantie für die Folgen der Beachtung des Rats übernommen hatte (so ist l. 6 § 5 D. 17, 1 „**si non esses facturus, nisi ego mandassem**" aufzufassen), also zB. bei Empfehlung eines Darlehnssuchers das „Delkredere" (S. 628); oder wenn der Ratgeber absichtlich einen schädlichen Rat erteilt hatte (l. 47 **pr. D.** 50, 17: **Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit**). Die gleichen Grundsätze gelten nach BGB. § 676. Wird eine Gefälligkeitsauskunft ausdrücklich „ohne Obligo" erteilt, so ist der die Auskunft Erteilende für wissentlich falsche Auskunft dennoch haftbar (wegen der Bedeutungslosigkeit eines **pactum ne dolus praestetur**, (III, 437[2]).

Zu einem besonderen Geschäftszweige hat sich in neuerer Zeit die gewerbsmäßige Erteilung von Auskünften über Persönlichkeit oder Vermögensverhältnisse durch sog. Auskunfteien entwickelt. Für deren Verhältnis zu den Anfragenden sind die

Digitized by Google

b. Entstehung des Auftragsverhältnisses.

Nach rR. wurde das mandatum als Konsensualvertrag (S. 195) nudo consensu, durch formlose Erteilung und Annahme des Auftrags, geschlossen. Das Gleiche gilt nach BGB. Die Annahme kann also auch stillschweigend und, soweit Schweigen als Zustimmung gilt (III, 449), auch durch Stillschweigen erfolgen. Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat (§ 663); zB. ein Bankier erbietet sich durch Zeitungsinserat zur kostenlosen Vertretung von Aktionären in einer Generalversammlung oder zur Einlösung gewisser Zinsscheine; ferner Einrichtung einer öffentlichen Auskunftsstelle, zB. eines Arbeitsnachweises; § 663 ist endlich nach § 675 auch beim entgeltlichen Auftrag anwendbar. Die Unterlassung der Anzeige gilt jedoch in diesen Fällen nicht etwa als Annahme, sondern macht nur schadensersatzpflichtig.[5]) Für öffentliche Beamte greift § 839 ein.

Ebensowenig wie für die „vermutete Vollmacht" (III, 568[6]) enthält das BGB. Vorschriften über den vermuteten Auftrag (mandatum praesumtum). Die Grundsätze über die auftragslose Geschäftsführung sind nötigenfalls anzuwenden.

Grundsätze über den Werkvertrag maßgebend. Der Inhaber der Auskunftei haftet also für jedes Verschulden — auch das seiner Angestellten — bei Einholung und Erteilung der Auskunft (BGB. §§ 276, 278); vgl. § 824 Abs. 2.

[5]) Ebenso § 30 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, vgl. I, 242[3]. Dagegen bestimmt HGB. § 362 für die entgeltliche Geschäftsbesorgung: „Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat".

Digitized by Google

c. Verpflichtungen des Beauftragten (actio mandati directa).

Der Auftrag ist nach römischer Ausdrucksweise (I, 286) ein contractus bilateralis inaequalis, kein „gegenseitiger Vertrag" im Sinne der §§ 320 ff. BGB. (S. 207, anders der Dienstvertrag, S. 555). Denn begriffsnotwendig entsteht nur der Anspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten auf Ausführung des Auftrags (actio mandati directa). Ansprüche des Beauftragten gegen den Auftraggeber (actio mandati contraria) können entstehen (zB. bei Aufwendungen oder im Falle des Verschuldens, S. 671); dies ist aber nicht notwendig.

Die einzelnen Pflichten des Beauftragten sind:

1. Ausführungspflicht.

Der Beauftragte muß den übernommenen Auftrag ausführen (§ 662) und zwar sorgfältig (Haftung für jedes Verschulden, § 276) und im Zweifel persönlich. Andererseits ist der Anspruch auf Ausführung des Auftrags im Zweifel nicht übertragbar (§ 664).

α. Führt er den Auftrag durch einen Vertreter aus, so hat er, falls ihm dies nicht gestattet war, dessen Verschulden unbedingt, sofern ihm dagegen die Übertragung gestattet war, nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden (culpa in eligendo) zu vertreten.

β. Während der Beauftragte sich bei Ausführung des Auftrags grundsätzlich nicht vertreten lassen kann, ist er an der Zuziehung von Gehülfen nicht gehindert. Für das Verschulden des Gehülfen ist er jedoch wie für sein eigenes Verschulden verantwortlich (§ 278, S. 127).

2. Gehorsamspflicht.

Der Beauftragte hat den Weisungen des Auftraggebers zu folgen. Er darf hiervon nur abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung

Digitized by Google

abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (§ 665).

3. Rechenschaftspflicht.

Der Beauftragte hat dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen und ihm alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben, endlich pflichtwidrig verwendetes Geld von der Verwendung an mit 4% zu verzinsen (§§ 666—668).

d. Der Auftraggeber ist verpflichtet (actio mandati contraria):

1. dem Beauftragten die zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemachten Aufwendungen zu ersetzen, soweit der Beauftragte sie den Umständen nach für erforderlich halten konnte (ebenso l. 27 § 4, 45 § 6, 56 § 4 D. 17, 1), auch hierfür auf Verlangen Vorschuß zu leisten (§§ 669, 670);

2. den ihm durch sein Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 276) erwachsenen, nicht aber auch (anders ALR. I, 13 § 81) den zufälligen Schaden zu ersetzen.

Der Beauftragte hat für seine Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht an den auf Grund des Auftrags in seinen Besitz gekommenen Vermögensstücken des Auftraggebers (§ 273, S. 162).

e. Endigungsgründe.

Abgesehen von der Ausführung, dem Unmöglichwerden, der vertragsmäßigen Aufhebung des Auftrags, dem Zeitablaufe, dem Eintritt einer auflösenden Bedingung als allgemeinen Endigungsgründen kommen für den Auftrag noch besonders in Betracht:

1. Widerruf und Kündigung.

Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden (§ 671 Abs. 1).

Digitized by Google

Der Beauftragte darf jedoch — falls nicht ein wichtiger Grund vorliegt — nicht zur Unzeit („intempestive") kündigen, d. h. nur in der Art, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, sonst wird er schadensersatzpflichtig (§ 671 Abs. 2). Für den Widerruf kann dem abwesenden Auftraggeber gegebenen Falls ein Abwesenheitspfleger bestellt werden (§ 1911).

Der Auftraggeber kann nicht auf den Widerruf verzichten; hierdurch würde das Geschäft den Charakter als Auftrag verlieren. Wohl aber kann der Beauftragte auf die Kündigung verzichten; beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ist die Kündigung aber trotz des Verzichts zulässig (§ 671 Abs. 3).

2. Tod.

α. Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers.[6]) Ist das Erlöschen jedoch vereinbart, so hat der Beauftragte trotz des Erlöschens, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend (§ 672).

β. Der Auftrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten. Erlischt der Auftrag, so hat der

---

[6]) Ebenso schon altes HGB. Art. 54 Abs. 2, 297 für die von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe ausgegangenen Aufträge. In das neue HGB. ist diese Vorschrift wegen ihrer Verallgemeinerung durch BGB. § 672 nicht übernommen. Auch die Prozeßvollmacht wird durch den Tod der Partei nicht berührt (CPO. § 86 und I, 245).

Dagegen erlosch nach Gemeinem Rechte (l. 26 pr. D. 17, 1: **mandatum solvitur morte**) und nach ALR. (I, 13 §§ 186 ff.) der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers, wenn er nicht mit auf die Erben (**in heredes**) gerichtet war oder ein nach dem Tode des Auftraggebers vorzunehmendes Geschäft (z. B. Besorgung der Beerdigung, **mandatum post mortem**, l. 12 § 17 D. 17, 1) betraf.

Digitized by Google

Erbe des Beauftragten den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend (§ 673).

3. Konkurs.

α. Ein von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Verfahrens, es sei denn, daß der Auftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (KO. § 23).

β. Ein dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag wird durch die Konkurseröffnung an sich nicht berührt.

4. Folgen des Erlöschens.

Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zu gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß (§ 674).

Der Beauftragte erhält also auch die nach dem Erlöschen in gutem Glauben gemachten Aufwendungen ersetzt, und enthielt der Auftrag eine Vollmacht (vgl. § 169), so wird das auf Grund derselben mit einem Dritten geschlossene Geschäft nicht dadurch hinfällig (vgl. §§ 168, 169), daß vor dem Vertragsschluß, aber ohne daß der Beauftragte hiervon Kenntnis haben mußte, über das Vermögen des Auftraggebers Konkurs eröffnet ist.

f. Besondere Arten des Auftrags.

Besonders geordnet ist der Auftrag zur Verwahrung (Verwahrungsvertrag, S. 679), zur Kreditgewährung (Kreditauftrag, § 778), zur Leistung vertretbarer Sachen (Anweisung, §§ 783 ff.). Über den zuweilen dem Mandat unterstellten Trödelvertrag vgl. S. 624.

Digitized by Google

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 677—687).

§ 143. Geschäftsführung ohne Auftrag.

a. Begriff.

Die Befugnis, die Geschäfte eines Anderen zu führen, kann beruhen: entweder auf Gesetz (Beamter, Ehemann, Vater, Mutter) oder auf gerichtlicher Ermächtigung (Vormund, Konkursverwalter) oder auf Rechtsgeschäft (Auftrag). Führt jemand fremde Geschäfte, ohne sich auf eine solche besondere Befugnis stützen zu können, so spricht man von Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio).[1])

Auftragloser Geschäftsführer (negotiorum gestor) ist hiernach, wer ein Geschäft für einen Anderen

---

[1]) Digestentitel 3, 5, Codextitel 2, 18: De **negotiis gestis**. ALR. I, 13, Abschnitt 2: Von Übernehmung fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag. Vgl. l. 3 **pr.** D. 3, 5: **Ait praetor: „Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: judicium eo nomine dabo".** Das prätorische Edikt begriff, wie der umfassende Ausdruck **„negotiorum gestio"** zeigt, ursprünglich jede Geschäftsführung für andere, auch Auftrag und Vormundschaft. Erst nachdem diese Rechtsverhältnisse zu selbständigen Rechtsinstituten geworden waren und eigene Klagen (**actio mandati** und **tutelae**) erhalten hatten, beschränkte sich der Begriff der **negotiorum gestio** auf die Fälle der auftragloſen Geschäftsführung, die man dem Begriffe des „Quasikontrakts" (S. 8[2]) unterstellte, da einerseits mangels einer auf die Geschäftsbesorgung gerichteten Willensübereinstimmung zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer kein Vertrag, andererseits aber auch kein Delikt vorlag (§ 1 J. 3, 27).

Für das BGB. ist die Einteilung der Schuldverhältnisse in solche aus Verträgen und aus Delikten bedeutungslos (S. 9). Das BGB. entscheidet die streitige Frage, ob die auftragloſe Geschäftsführung ein Rechtsgeschäft oder nur ein rein thatsächlicher Vorgang mit bestimmten, durch das Gesetz vorgeschriebenen Wirkungen sei, nicht ausdrücklich. Die wichtigste Folgerung der letzteren Ansicht, nämlich, daß Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige bei der auftragloſen Geschäftsführung ebenso haften müßten, wie voll Geschäftsfähige, ist jedoch durch § 682 (S. 677) besonders ausgeschlossen. Damit verliert die Streitfrage ihre wesentliche praktische Bedeutung.

Digitized by Google

besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein (§ 677). Voraussetzungen der auftragslosen Geschäftsführung sind hiernach:

1. Mangel eines Auftrags oder eines sonstigen Besorgungsrechts. Nimmt ein auftragloser Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn ein Rechtsgeschäft vor, so liegt im Verhältnisse zu dem Dritten ein „Handeln ohne Vertretungsmacht" (BGB. §§ 177—180, III, 579) vor.

2. Besorgung eines Geschäfts. Dies kann ein Rechtsakt (Zahlung einer fremden Schuld, Prozeßführung ohne Vollmacht, CPO. § 89, I, 246, vgl. auch StPO. §§ 322, 324, 474 für das Verfahren gegen Abwesende, ferner Einkauf oder Verkauf ohne Auftrag, Wahrnehmung der Rechte Abwesender, l. 1 D. 3, 5) oder ein thatsächliches Geschäft (Vornahme einer Reparatur oder Sicherungsmaßregel, Gewährung von Unterhalt) sein.

3. Besorgung eines fremden Geschäfts.

α. Gemeinrechtlich unterschied man zwei Arten von auftragloser Geschäftsführung:

a. die sog. echte (stellvertretende) negotiorum gestio, wenn jemand wissentlich ein Geschäft für einen Anderen besorgte, und

b. die unechte negotiorum gestio, wenn jemand fremde Geschäfte (re ipsa aliena) für sich besorgte, sei es, daß er:

1) sie irrig für eigene hielt; oder

2) sie als eigene behandelte, obwohl er wußte, daß er dazu nicht berechtigt sei.

β. Das BGB. erkennt grundsätzlich nur die absichtlich für einen Anderen vorgenommene, also die „echte" auftragslose Geschäftsführung an, unterscheidet hierbei aber nicht, ob das Geschäft schon an sich dem Interessenkreise des Geschäftsherrn angehört (objektiv fremdes Geschäft, zB. Reparatur seines Hauses) oder nur nach der Absicht des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn bestimmt war (subjektiv fremdes Geschäft, zB. Einkauf von Weinen für einen Freund bei günstiger Gelegenheit; l. 5 § 11

Digitized by Google

D. 3, 5: „negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum").

Hinsichtlich der „unechten" Geschäftsführung unterscheidet dagegen das BGB.:

a. Die §§ 677—686 finden überhaupt keine Anwendung im Falle b. 1), also wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei (§ 687 Abs. 1). Vielmehr regelt sich hier das beiderseitige Verhältnis nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (vgl. zB. § 816 Abs. 1).

b. Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist (Fall b. 2), so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche auf Schadensersatz geltend machen. Er braucht zwar auch dann nicht die Aufwendungen des Geschäftsführers zu ersetzen (S. 679), muß ihm aber wenigstens alles aus der Geschäftsführung Erlangte herausgeben (§ 687 Abs. 2, ähnlich l. 5 § 5 D. 3, 5).

4. Gleichgültig ist für den Begriff der auftraglosen Geschäftsführung ein etwaiger Irrtum des Geschäftführers über die Person des Geschäftsherrn: der wirkliche Geschäftsherr wird aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet (§ 686, ebenso schon l. 5 §§ 1, 10 D. 3, 5). Unerheblich ist es ferner, ob der Geschäftsführer das fremde Geschäft freiwillig oder zur Erfüllung einer Rechtspflicht einem Anderen als dem Geschäftsherrn gegenüber vorgenommen hat.[2])

---

[2]) Vgl. l. 3 § 10 D. 3, 5: **Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit.** Hat zB. der Ortsarmenverband Nauen einem dort erkrankten reisenden Handwerksburschen in Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht zur vorläufigen Unterstützung hülfsbedürftiger Personen (II, 128) Unterhalt und Krankenpflege gewährt, so kann er diese Kosten vom Ortsarmenverbande des Unterstützungswohnsitzes (II, 128) oder von dem Unterstützten selbst, falls dieser zu Vermögen gelangt, oder von den Verwandten des Unterstützten, falls diese unterstützungspflichtig sind (§§ 1360, 1361, 1578,

Digitized by Google

b. Pflichten des Geschäftsführers (actio negotiorum gestorum directa).

1. Der auftraglose Geschäftsführer hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert, und wird bei Vernachlässigung dieser Pflicht schadensersatzpflichtig (§ 677). Die gewöhnliche Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276) wird jedoch:

α. erhöht, wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch stand und der Geschäftsführer dies erkennen mußte; in diesem Fall ist er nämlich dem Geschäftsherrn zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (§ 678, ebenso schon l. 10 D. 3, 5);[3])

β. vermindert auf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt (§ 680, ebenso l. 3 § 9 D. 3, 5).

Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich (§ 682).

1601 ff., 1708 ff.), zurückfordern. Vgl. EGBGB. Art. 103 über die Aufrechterhaltung diesbezüglicher Landesgesetze.

[3]) Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (§ 679). In diesen Fällen haftet der Geschäftsführer also nur für Verschulden bei der Geschäftsführung, wie im Normalfalle des § 678; außerdem aber kann er nach § 683 Satz 2 Ersatz der Aufwendungen auch dann verlangen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht. In ähnlicher Weise gewährte im rR. der Prätor eine actio funeraria auf Erstattung von Beerdigungskosten, wenn jemand die einem Anderen obliegende Beerdigung selbst gegen dessen Willen bewirkt hatte (l. 12 pr. §§ 2, 3 D. 11, 7).

Digitized by Google

2. Der Geschäftsführer hat die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es thunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten (§ 681). Im übrigen hat er gleich einem Beauftragten (§§ 666—668, S. 671) die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, Herausgabe und Verzinsung.

c. Ansprüche des Geschäftsführers (actio negotiorum gestorum contraria).

1. Für die Umgrenzung der Ansprüche des Geschäftsführers hat der Gesetzgeber zwei einander widerstreitende Erwägungen zum Ausgleiche zu bringen. Einerseits brauche ich mir nicht gefallen zu lassen, daß sich ein Fremder unbefugt in meine Angelegenheiten einmischt (l. 36 D. 50, 17: Culpa est immiscēre se rei ad se non pertinenti, vgl. ALR. I, 13 § 228). Andererseits handelt der Geschäftsführer in den bei weitem meisten Fällen thatsächlich im Interesse des Geschäftsherrn, und es wäre wegen des Nebeneinanderlebens der Menschen höchst unpolitisch, diese Äußerungen freundschaftlicher, nachbarlicher, menschenfreundlicher Gesinnung zu unterdrücken.[4])

Daher bestimmt das BGB.:

Der Geschäftsführer kann wie ein Beauftragter (S. 671) Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§§ 683, 684), wenn die Übernahme der Geschäftsführung:

α. entweder dem Interesse und außerdem — abgesehen von den Fällen des § 679, Anm. 3 — dem wirklichen oder vermuteten Willen des Geschäftsherrn entspricht (negotium utiliter gestum, l. 2, 9 § 1 D. 3, 5); oder

β. im Falle des Mangels dieser Voraussetzungen

[4]) Ebenso sagt § 1 J. 3, 27 über den Anlaß der Einführung der actio negotiorum gestorum contraria: „idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem."

Digitized by Google

vom Geschäftsherrn genehmigt ist (ratihabitio mandato comparatur, vgl. III, 577).[5])

2. Liegt keiner der Fälle des § 683 vor, so braucht der Geschäftsherr dem Geschäftsführer zwar nicht dessen Aufwendungen zu ersetzen. Er muß ihm aber das durch die Geschäftsführung Erlangte nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben (§ 684).

3. Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. Das Fehlen des „animus obligandi sive recipiendi" hat regelmäßig der Geschäftsherr zu beweisen. Eine Vermutung spricht jedoch gegen die Verpflichtungsabsicht, wenn die Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt gewähren (§ 685).

Zwölfter Titel. Verwahrung (BGB. §§ 688—700).

§ 144. Der Verwahrungsvertrag nach BGB.

a. Begriff.

Verwahrungsvertrag (depositum)[1]) ist eine Vereinbarung, wonach die eine Partei (Verwahrer, Depositar) verpflichtet ist, eine ihr von der anderen Partei (Hinterleger, Deponent) übergebene bewegliche Sache aufzubewahren; vgl. l. 1 pr. D. 16, 3: Depositum est,

[5]) Der Anspruch des Geschäftsführers ist, sofern nur bei der Übernahme die Voraussetzungen der §§ 683, 684 vorliegen, auch dann gegeben, wenn die Geschäftsbesorgung dem Geschäftsherrn keinen bleibenden Nutzen bringt. Für den Erfolg steht der Geschäftsführer nicht ein; es genügt ein „negotium utiliter coeptum"; vgl. l. 9 § 1 D. 3, 5.

Wenn also A. einen sich bei ihm einfindenden Jagdhund füttert, so kann er von dessen Eigentümer B. Erstattung der Futterkosten verlangen, auch wenn der Hund vor der Rückgabe stirbt. Anders, wenn B. den Hund weggejagt hätte.

[1]) Digestentitel 16, 3, Codextitel 4, 34: Depositi vel contra; ALR. I, 14 Abschnitt 1: Vom Verwahrungsvertrage.

Vom depositum, dem Verwahrungsvertrage, zu sondern ist die depositio, die Hinterlegung als Erfüllungsersatz (S. 264).

Digitized by Google

quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur.

Die Begriffsmerkmale der Verwahrung sind hiernach:

1. Übernahme zur Aufbewahrung.

α. Von der Miete unterscheidet sich der Verwahrungsvertrag dadurch, daß bei der ersteren dem Mieter ein bestimmter Raum gewährt wird, während bei der letzteren die Art der Unterbringung dem Verwahrer überlassen wird.

β. Nicht jede Übernahme fremder Sachen ist Verwahrung. Es muß eine Aufbewahrungspflicht übernommen sein. Dies ist zB. regelmäßig nicht beabsichtigt in den zahlreichen Fällen, in denen jemand aus bloßer Gefälligkeit gestattet, daß Sachen bei ihm „eingestellt" werden.

γ. Ein Verwahrungsvertrag ist nur vorhanden, wenn die Aufbewahrung die Hauptsache bildet, nicht aber, wenn sie nur nebensächliche Folge eines auf einen anderen Hauptgegenstand gerichteten Vertrags (Kauf, Leihe, Werkvertrag, Auftrag, Pfandvertrag) ist; vgl. l. 8 pr. D. 17, 1.

2. Übernahme einer beweglichen Sache.

Nach ALR. I, 14 § 90 konnte dagegen auch eine unbewegliche Sache Gegenstand eines Verwahrungsvertrags sein (sog. Sequestration), nach Gem. R. war dies streitig.

Kein Begriffsmerkmal des Verwahrungsvertrags nach BGB. (ebenso schon ALR. I, 14 §§ 9 ff.) ist die Unentgeltlichkeit, während das rR. die entgeltliche Übernahme einer Verwahrung als Dienstvertrag behandelte (l. 1 §§ 8, 9 D. 16, 3), es sei denn, daß die Vergütung ein bloßes „Honorar" (S. 549[2]) für die Leistungen und Auslagen des Verwahrers darstellte (l. 2 § 23 D. 47, 8).

b. Abschluß.

Das Depositum war einer der benannten Realkontrakte des rR. (S. 192), d. h. es kam erst zu stande durch die Hingabe und Übernahme der Sache zur Verwahrung. Vorhergehen konnte ein — nur bei Einkleidung in Stipulationsform bindender, S. 188 — Vorvertrag, durch den

Digitized by Google

der Verwahrer sich zur Annahme verpflichtete (pactum de deponendo). Nach modernem Gem. R. (S. 196) und so auch nach BGB. wird der Verwahrungsvertrag durch formlose Übereinkunft geschlossen, und die Hingabe ist — gerade wie beim Darlehen, S. 520 — kein vertragsbegründender Umstand mehr (wie die „res" in Rom), sondern ist die Erfüllung des freilich vielfach erst gleichzeitig zum Abschlusse gelangenden Verwahrungsvertrags.[2]) Nur ist der Anspruch des Hinterlegers auf Rückgabe von der erfolgten Hingabe abhängig; diese hat also der Hinterleger als Prozeßvoraussetzung seines Rückgabeanspruchs zu beweisen.

Nach rR. war der Depositar bloßer Detentor, nicht juristischer Besitzer (l. 3 § 20 D. 41, 2), nach ALR. (I, 7 § 2) bloßer Inhaber. Nach BGB. ist der Verwahrer unmittelbarer, der Hinterleger mittelbarer Besitzer (§ 868; V, 37).

c. Ansprüche des Hinterlegers (actio depositi directa).

Das Depositum war nach römischer Ausdrucksweise gleich dem Mandat und dem Verpfändungsvertrage (Pignus) ein contractus bilateralis inaequalis, d. h. es entstanden jedenfalls Ansprüche des Hinterlegers gegen den Verwahrer auf Aufbewahrung und Rückgabe (actio depositi directa), dagegen nicht unbedingt auch Gegenansprüche des Verwahrers (auf Ersatz von Aufwendungen, Schadensersatz, actio depositi contraria). Wie schon beim Auftrag erwähnt, ist diese Bezeichnung für das BGB. bedeutungslos. Die Parteien sind, besonders bei entgeltlichen Verwahrungsverträgen, mit Rücksicht auf die das BGB. beherrschende Ver-

[2]) Die Vorschriften des BGB. § 688 setzen die bereits erfolgte Übergabe zur Verwahrung voraus. Sie sind aber auch schon für die Fälle verwendbar, in denen ein Verwahrungsvertrag über zukünftige Verwahrung (also wie man bei Auffassung des Depositum als Realvertrags sagen würde, ein pactum de deponendo) geschlossen ist. Auch in einem solchen Falle hätte der Verwahrer wegen § 695 (S. 683) keinen Anspruch auf Überlassung zur Verwahrung und der Hinterleger beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 696 (S. 685) keinen Anspruch auf Annahme zur Verwahrung.

Digitized by Google

tragsfreiheit imstande, den Verwahrungsvertrag zu einem gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. zu gestalten.

1. Anspruch auf Verwahrung.

α. Der Verwahrer ist zu der den Umständen des Falls entsprechenden Obhut (custodia), nicht aber ohne weiteres zu einer besonderen Bewachung verpflichtet (§ 688). Er haftet:[3])

a. bei entgeltlicher Verwahrung für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit (§ 276);

b. bei unentgeltlicher Verwahrung nur für Vorsatz und diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten[4]) anzuwenden pflegt (§ 690, diligentia quam suis, gemäß § 277 aber jedenfalls für grobe Fahrlässigkeit).[5])

---

[3]) Nach rR. haftete der Depositar mangels besonderer Abrede (l. 1 § 35 D. 16, 3) bei der begrifflichen Unentgeltlichkeit des Depositum grundsätzlich nur für culpa lata (l. 1 § 10 D. 16, 3), sofern er sich aber zur Verwahrung gedrängt hatte, auch für culpa levis (l. 1 § 35 D. 16, 3). Er haftete jedoch selbst für Zufall:

a. bei eigenmächtiger Aneignung (furtum rei, l. 1 § 25 D. 16, 3);

b. bei eigenmächtiger Benutzung (furtum usus, l. 3 C. 4, 34);

c. im Falle des Verzugs (l. 12 § 3 D. 16, 3).

Beim sog. depositum miserabile (Hinterlegung im Fall eines Notstands: tumultus, incendium, ruina, naufragium) haftete der dolose Verwahrer auf das Doppelte. Dies ist in das Gem. R. nicht übergegangen. Nach ALR. I, 14 § 43 haftete in solchen Fällen der Hinterleger nur für mäßiges, nicht, wie sonst, für geringes Verschulden. — Das BGB. hat keine Sondervorschrift aufgestellt.

[4]) Wenn also A. dem B. sein Fahrrad zur Verwahrung übergiebt und B. es mit seinem eigenen zusammen in einem unverschlossenen Stall aufbewahrt, so ist B., falls das Rad gestohlen wird, haftbar, wenn er die Aufbewahrung gegen Entgelt, nicht haftbar, wenn er sie unentgeltlich übernommen hatte, es sei denn, daß die Art der Aufbewahrung sich als grobfahrlässig darstellt.

[5]) Dagegen haftet der Beauftragte, obgleich er ebenfalls kein Entgelt erhält, für jede Fahrlässigkeit. Die verschiedene Behandlung dieser vielfach schwer zu unterscheidenden Verträge rechtfertigt sich dadurch, daß der auf eine Aufbewahrung gerichtete Auftrag den Beauftragten zu einer positiven Bethätigung einer gewissen Obhut, zur Bewachung verpflichtet.

Digitized by Google

β. Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen, und haftet für jeden infolge der unerlaubten Unterbringung eintretenden Schaden. Ist dagegen die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten (also nur culpa in eligendo). Für das Verschulden eines befugt zugezogenen Gehülfen ist er wie für eigenes Verschulden, für einen unbefugt zugezogenen Gehülfen dagegen unbedingt verantwortlich (§ 691).

γ. Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Änderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Änderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (§ 692).

2. Anspruch auf Rückgabe.

Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist (§ 695, Ausnahme von § 271, S. 99[8]; ebenso schon l. 1 § 22 D. 16, 3). Die Rückgabe der hinterlegten Sache hat an dem Orte zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war; der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen (§ 697, also Holschuld, S. 89).

Die Sache ist mit allen davon gezogenen Nutzungen zurückzugeben. Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (§ 698).

Der Hinterleger hat den Anspruch auf Rückgabe (und im Konkurse des Verwahrers auf Aussonderung, KO. § 43, I, 620[3]) auf Grund der erfolgten Hinterlegung, ohne Rücksicht auf sein etwaiges Eigentumsrecht (l. 1 § 39, l. 31 § 1 D. 16, 3). Der Rückgabeanspruch wird selbst durch das eigene Eigentum des Verwahrers nicht immer ausgeschlossen, zB. wenn A. das von B. auf einen Monat

Digitized by Google

gemietete Fahrrad für die Dauer einer kurzen Reise dem B. in Verwahrung giebt (vgl. l. 15 D. 16, 3 über die grundsätzliche Nichtigkeit eines Verwahrungsvertrags über die eigene Sache des Verwahrers).

Gegen den Rückgabeanspruch kann der Verwahrer unter den gewöhnlichen Voraussetzungen die Einrede des Zurückbehaltungsrechts und (beim depositum irregulare, S. 685) der Aufrechnung vorbringen. Die bisherigen Beschränkungen dieser Einreden gegenüber der actio depositi directa sind durch das BGB. beseitigt (S. 165[5] und S. 282[17]).

d. Ansprüche des Verwahrers (actio depositi contraria).

1. Anspruch auf Vergütung.

Der Verwahrer kann eine Vergütung beanspruchen, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist oder wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 689), so besonders, wenn der Verwahrer die Aufbewahrung von Sachen gewerbsmäßig betreibt (Theatergarderobier, Bahnhofsportier). Die Vergütung ist bei Beendigung der Aufbewahrung oder im Falle der Bemessung nach Zeitabschnitten nach dem Ablaufe jedes Abschnitts zu entrichten. Bei vorheriger Beendigung ist die Vergütung im Zweifel nur zu einem entsprechenden Teile zu leisten (§ 699).

2. Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen.

Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Hinterleger zum Ersatze verpflichtet (§ 693).

3. Anspruch auf Schadensersatz.

Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt

Digitized by Google

oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat (§ 694). Wie das „es sei denn" ergiebt (S. 145[12]), hat der Hinterleger den „Exkulpationsbeweis", d. h. er muß beweisen, daß einer der in § 694 aufgeführten, seine grundsätzliche Verantwortlichkeit ausschließenden Umstände vorliegt.

4. Anspruch auf Rücknahme.

Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 696); habe ich zB. A.s Wertsachen für dessen Ferienzeit in Verwahrung genommen, so kann ich ihre Rücknahme verlangen, wenn ich selbst verreisen muß.

e. Besondere Fälle der Verwahrung.

1. Depositum irregulare.

Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Eigentum und Gefahr gehen in diesem Falle sofort mit der Übergabe auf den Verwahrer über. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet (vgl. schon l. 7 § 2, l. 24 D. 16, 3). Erst mit diesem Augenblicke gehen Eigentum und Gefahr auf den Verwahrer über, und im Konkurse des Verwahrers ist alsdann der Rückgabeanspruch als Konkursforderung geltend zu machen, geht also nicht mehr auf Aussonderung. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§ 700 Abs. 1), d. h. die Rückgabe hat am Verwahrungsorte zu erfolgen (§ 697), der Hinterleger braucht nicht zu kündigen (§ 695), der Verwahrer muß die Sache während der Vertragsdauer behalten (§ 696), vgl. oben S. 521[5]. Das

Digitized by Google

depositum irregulare ist also nach BGB. ein juristisch besonders gearteter Vertrag, der sich auch wirtschaftlich vom Darlehen unterscheidet. Denn der Darlehnsvertrag wird regelmäßig im Interesse des Darlehnsnehmers, der Verwahrungsvertrag im Interesse des Hinterlegers geschlossen.

Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist wegen der im Verkehre des Publikums mit den Bankiers hervorgetretenen vielfachen Unzuträglichkeiten die Vereinbarung, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser nur zur Rückgabe in genere verpflichtet sein soll (offenes Depot), nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen ist (§ 700 Abs. 2). Damit sollte die Berufung auf Geschäftsgebräuche ausgeschlossen werden. Besonders geregelt ist (durch das Depotgesetz, III, 566[4]) die offene Verwahrung vertretbarer Wertpapiere durch einen Kaufmann, (Bankverwahrungsgeschäft, S. 687).

2. Sequestratio

nannte man im rR. die Übergabe einer Sache durch mehrere Personen zur Verwahrung mit der Abrede, daß die Herausgabe an einen der Hinterleger erfolgen solle, zB. denjenigen, der in einem Prozeß über die Sache siegen werde (l. 6, 17 pr. D. 16, 3, l. 110 D. 50, 16). Da keiner der Hinterleger bis zur Entscheidung über die Sache verfügen konnte, wurde dem Sequester der juristische Besitz zugesprochen (V, 34).

Das BGB. enthält keine Sondervorschriften über die sequestratio voluntaria; über die sequestratio necessaria vgl. I, 230, 535, 611 und ZPO. §§ 848, 855, 938 und über die ähnlichen Zwecken dienende Zwangsverwaltung I, 593 und ZwVG. §§ 24, 150 ff.

§ 145. Handelsrechtliche Verwahrungsgeschäfte.

Im Handelsverkehre kommt die Verwahrung als Nebengeschäft vielfach vor, vgl. zB. HGB. § 96 (Aufbewahrung der Probe durch den Handelsmäkler, S. 661), 362, 379 (Aufbewahrung der mit einem Geschäftsbesorgungs- oder

Digitized by Google

Kaufantrag übersandten Waren). Als handelsrechtliche Verwahrungsgeschäfte besonderer Art kennzeichnen sich jedoch nur das Bankverwahrungsgeschäft und das Lagergeschäft. Beide Geschäftszweige waren bisher nur gewohnheitsrechtlich geordnet und sind erst jüngst reichsrechtlich geregelt worden, das Bankverwahrungsgeschäft durch das RG. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 (sog. Depotgesetz, vgl. III, 566[4] und oben S. 627), das Lagergeschäft im 5. Abschnitte des III. Buchs des neuen HGB. (§§ 416—424).

a. Bankverwahrungsgeschäft.

Ein Kaufmann kann in seinem Handelsgewerbe auch die gewerbsmäßige Aufbewahrung von Gegenständen als Hauptzweig oder Nebenzweig betreiben. Dann unterstehen diese Verwahrungsgeschäfte den allgemeinen Vorschriften des HGB. über Handelsgeschäfte[1]) und den Vorschriften des BGB. über die Verwahrung.[2]) Unter Bankverwahrungsgeschäft versteht man jedoch nur das Geschäft, bei welchem ein Vollkaufmann — meist ein Bankier, daher der Name — vertretbare Wertpapiere (Aktien, Kuxe, Interimsscheine,

[1]) Die gewerbsmäßige Aufbewahrung von Gegenständen gilt nach § 1 HGB. nicht als Handelsgewerbe, ist kein „Grundhandelsgeschäft" und macht daher den diesen Geschäftszweig Betreibenden nicht zum Kaufmanne. Die Verwahrungsgeschäfte sind also nur „Nebenhandelsgeschäfte", d. h. sie sind Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden (HGB. § 343 Abs. 2). Über das Lagergeschäft vgl. S. 690.

[2]) Gewöhnliche handelsrechtliche Verwahrungsgeschäfte sind z.B. die Übernahme verschlossener Depots und das Tresorgeschäft. Bei letzterem errichtet jemand eine nach menschlicher Voraussicht allen äußeren Einflüssen gegenüber (Diebstahl, Feuer, Einsturz) widerstandsfähige „Stahlkammer" („Safe") und gestattet deren entgeltliche Benutzung durch Andere. Auch wenn der Benutzer ein Anrecht auf ein bestimmtes Fach hat, wird der Vertrag meist als Verwahrungs-, nicht als Mietvertrag gemeint sein, da der Tresorbesitzer bei der Benutzung des Tresors mitwirken muß (die Fächer stehen unter gemeinschaftlichem Verschluß) und zu einer Obhut über den Tresor gleich einem Verwahrer verpflichtet ist.

Digitized by Google

Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen, nicht aber Banknoten und Papiergeld) unverschlossen (als sog. offenes Depot) zur Aufbewahrung übernimmt. Nur Verwahrungsgeschäfte, die sich auf unverschlossen einem Vollkaufmanne (Depotgesetz § 13) übergebene vertretbare Wertpapiere[8]) beziehen, werden durch das Depotgesetz betroffen, und nur für solche Geschäfte rechtfertigt sich daher die Aufstellung einer besonderen Vertragsart.

Die für das Bankverwahrungsgeschäft geltenden Sondervorschriften sind:

1. Eine Erklärung des Hinterlegers, durch welche der Verwahrer ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter Wertpapiere gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ist, falls der Hinterleger nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur gültig, soweit sie für das einzelne Geschäft (also nicht allgemein, wie in BGB. § 700 Abs. 2) ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird.

Wird auf diese Weise ein sog. Summendepot (also ein depositum irregulare) begründet, so wird der Verwahrer Eigentümer der übergebenen Wertpapiere. Der Hinterleger hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe von „tantundem ejusdem generis", den er im Konkurse des Verwahrers als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen muß, nicht als Aussonderungsberechtigter.

2. Ist dagegen nicht ausdrücklich und schriftlich ein Summendepot vereinbart, so hat der Verwahrer die erhaltenen

---

[8]) Hierbei ist der Verwahrer (Bankier) regelmäßig zu gewissen Verwaltungshandlungen verpflichtet, zB. zur Einziehung fällig werdender Zinsscheine und ausgelooster Stücke, Besorgung der Erneuerungsscheine usw. Dies Geschäft wird besonders von der Reichsbank in größtem Maße betrieben (Reichsbankgesetz § 13[a]; vgl. auch BGB. § 1814: Hinterlegung der dem Mündel gehörenden Wertpapiere bei einer Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank, an Stelle der nach dem BGB. nicht mehr zulässigen Außerkurssetzung durch das Vormundschaftsgericht).

Digitized by Google

Wertpapiere als „Sonderdepot" zu behandeln und muß nach § 1 des Depotgesetzes bei Strafe:[4])

α. die erhaltenen Wertpapiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers gesondert von seinen eigenen Beständen und von denen eines Dritten aufbewahren;

β. ein Handelsbuch führen, in welches die Wertpapiere jedes Hinterlegers nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen der Stücke einzutragen sind.[5])

Das Sonderdepot untersteht im übrigen den Vorschriften des BGB. über das Verwahrungsgeschäft. Der

---

[4]) Depotgesetz § 10: „Ein Kaufmann, welcher seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn er den Vorschriften des § 1 Ziffer 1 oder 2 vorsätzlich zuwidergehandelt hat und dadurch der Berechtigte bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung der von jenem zu verwahrenden Wertpapiere benachteiligt wird".

[5]) Zwischen dem Summendepot und dem Sonderdepot steht das nur im Börsenverkehre vorkommende Sammeldepot. Hierbei übernimmt ein Verwahrer von mehreren Hinterlegern vertretbare Wertpapiere mit der Abrede, daß er sie nicht nach den Hinterlegern gesondert aufzubewahren brauche, sondern berechtigt sein solle, die derselben Gattung angehörenden Papiere miteinander zu vereinigen. Das Sammeldepot steht im Miteigentume der an der betreffenden Gattung beteiligten Hinterleger nach Maßgabe der Höhe ihrer Anteile. Im Konkurse des Verwahrers haben die Hinterleger also ein Aussonderungsrecht. Die Vorschriften des § 1 des Depotgesetzes beziehen sich aber nur auf das Sonder-, nicht auf das Sammeldepot.

Das Sammeldepot wird im Börsenverkehre vor allem verwendet, um — in gleicher Weise wie die Geldzahlung beim Giroverkehre, S. 294[33] — die thatsächliche Lieferung von Wertpapieren zu ersparen. In Berlin besteht zur Ermöglichung dieses Giroeffektenverkehrs die Bank des Berliner Kassenvereins. Bei dieser haben alle Berliner Bankiers ein Girokonto, auf welches die von ihnen eingelieferten Wertpapiere verzeichnet werden, während diese selbst nach Gattungen vereinigt werden. Hat A. an B. z.B. 10000 Mk. 3½ prozentige Reichsanleihe zu liefern, so kann er, wenn B. die Wertpapiere bei der Bank belassen will, dem B. einen (roten) Scheck geben. Die Bank schreibt dann die Papiere von A.s Konto ab und auf B.s Konto zu. Will B. die Papiere sogleich entnehmen, so läßt er sich von A. einen (weißen) Scheck geben.

Digitized by Google

Hinterleger bleibt also Eigentümer — wenn er es bisher war — und hat in jedem Fall ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Verwahrers (S. 683). Letzterer darf über die Wertpapiere weder zum eigenen Nutzen noch zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügen.[6])

Über die hinterlegten Gegenstände pflegt der Hinterleger ein Empfangsbekenntnis („Depotschein") auszustellen, das bei der Rücknahme des Depots zurückzugeben ist.

b. Lagergeschäft.[7])

1. Lagerhalter ist, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt (HGB. § 416). Der Gewerbebetrieb des Lagerhalters gilt nach HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 6 als Handelsgewerbe, der Lagerhalter ist also als solcher Kaufmann (anders nach altem HGB.). Die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern kann aber auch als Neben- und Hülfshandelsgeschäft (z.B. von Spediteuren oder Frachtführern) betrieben werden.[8])

---

[6]) Selbst wenn in einer solchen Verfügung der Thatbestand der Unterschlagung (StGB. § 246) nicht liegt (z.B. weil das Merkmal der Zueignung fehlt), wird er nach der Sondervorschrift des Depotgesetzes § 9 mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk. oder mit beiden Strafen zugleich bestraft. Ferner wird nach § 11 mit Zuchthaus bestraft ein Kaufmann, welcher seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, wenn er im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung fremde Wertpapiere, welche er im Betriebe seines Handelsgewerbes als Verwahrer (oder Pfandgläubiger oder Kommissionär) in Gewahrsam genommen hatte, sich rechtswidrig zugeeignet hat.

[7]) Das alte HGB. enthielt keine Vorschriften über das Lagergeschäft, sondern nur in Art. 302 (jetzt § 363) eine Vorschrift über die Indossabilität der Lagerscheine. Die §§ 416—424 HGB. haben also neues Recht geschaffen.

[8]) Dagegen kommen nicht die §§ 416—424 HGB., sondern besondere Vorschriften (z.B. Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869, §§ 97 ff.) zur Anwendung auf die Niederlegung unverzollter vom Ausland eingeführter Waren in Zollniederlagen (Packhöfe, Freihäfen), sei es, daß die Lagerung erfolgt, um bis zum wirklichen Verkauf in das Inland den Zoll zu ersparen, oder daß beabsichtigt wird, die Waren wieder auszuführen (Transitlager).

Digitized by Google

2. Bei der Lagerung vertretbarer Sachen kommt, wie beim Bankverwahrungsvertrage, Sonder-, Sammel- und Summenlagerung vor.

α. Mangels ausdrücklicher Abmachung gilt Sonderlagerung als vereinbart. Mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte vermischen darf der Lagerhalter das empfangene Gut nur, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist (§ 419 Abs. 1, so bei den „Silolagern" für Getreide, den „Tanks" für Petroleum). Der Lagerhalter erwirbt jedoch mangels besonderer Vereinbarung auch in diesem Falle nicht das Eigentum des Guts. Vielmehr treten für diesen Fall der Sammellagerung die Grundsätze über die Vermischung ein, d. h. alle Beteiligten sind Miteigentümer nach Verhältnis des Werts der Sachen vor der Vermischung (BGB. § 948). Aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesamtvorrate kann der Lagerhalter jedoch jedem Einlagerer den ihm gebührenden Anteil ausliefern, ohne daß er hierzu der Genehmigung der übrigen Beteiligten bedarf (HGB. § 419 Abs. 2).

β. Ist das Gut als „Summenlager", d. h. in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Lagerhalter übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden nicht die Vorschriften des HGB., sondern des § 700 BGB. Anwendung, d. h. die Lagerung wird als Darlehen, hinsichtlich des Orts und der Zeit der Rückgabe aber als Verwahrung behandelt (§ 419 Abs. 3).

3. Der Lagerhalter hat einen Anspruch auf Lagerkosten (Lagergeld und Auslagen, § 420) und hat hierfür (nicht auch wegen etwaiger Vorschüsse) ein Pfandrecht an dem Gute, solange er hierüber verfügen kann (§ 421).

4. Der Einlagerer kann nach dem mangels anderer Vorschriften anwendbaren § 695 BGB. jederzeit das Gut zurückfordern (S. 683); dagegen ist das Rückgaberecht des Lagerhalters im HGB. § 422 abweichend vom BGB. § 696 (S. 685) bestimmt.

5. Von dem Lagerhalter pflegt ein Lagerschein ausgestellt zu werden. Die von den staatlich hierzu er-

Digitized by Google

mächtigten Anstalten — aber nicht die von Privaten — ausgestellten Lagerscheine können an Order lauten (sog. Warrant, spr. uorrent) und alsdann durch Indossament übertragen werden. In einem solchen indossabelen Lagerschein ist das Gut gewissermaßen verkörpert. Ist daher das Gut von dem Lagerhalter übernommen, so hat die Übergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Guts legitimiert wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen, wie die Übergabe des Guts (§ 424). Der Lagerschein ist also ein „Traditionspapier" (V, 74[32]).

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten (BGB. §§ 701—704).

§ 146. Der Beherbergungsvertrag.

a. Geschichtliche Entwickelung.

Durch das prätorische Edikt (Digestentitel 4, 9: Nautae caupones stabularii ut recepta restituant) wurden Rheder (exercitores navium), Gast- und Stallwirte hinsichtlich der von Reisenden ihnen übergebenen Sachen für unbedingt haftbar erklärt; vgl. l. 1 pr. D. 4, 9: Ait praetor: „Nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo". Diese gesteigerte Haftung wurde unter Unterstellung eines „Quasideliks" durch die besondere Unzuverlässigkeit dieser Geschäftsleute (hoc genus hominum, l. 3 § 1 D. 4, 9) und durch die Notwendigkeit, sich ihnen anzuvertrauen (quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere, l. 1 § 1 D. 4, 9) gerechtfertigt. Nach klassischem Rechte konnten sie jedoch ihre Haftung durch den Nachweis eigenen Verschuldens des Reisenden oder höherer Gewalt abwenden (l. 3 § 1 D. 4, 9).

Diese Haftung bis zur höheren Gewalt ist in das Gem. R. und die Partikularrechte (vgl. ALR. II, 8 §§ 444 ff.) übergegangen, und bei der reichsrechtlichen Regelung des Transportvertrags im alten HGB. bei-

Digitized by Google

behalten worden. Während jedoch im neuen HGB. — abgesehen von den Eisenbahnen, S. 640 — die besondere Haftung der Frachtführer und Rheder beseitigt ist, hat das BGB. das bisherige Recht für den Beherbergungsvertrag (das sog. receptum,) im wesentlichen beibehalten, weil der Gast den ihm nach allgemeinen Grundsätzen obliegenden Beweis eines Verschuldens des Wirts oder seiner Leute regelmäßig nicht würde führen können.

b. Haftung des Gastwirts nach BGB.

1. Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet.[1]) Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat (§ 701).[2])

2. Die hiernach grundsätzlich eintretende unbedingte Haftung des Gastwirts für die eingebrachten Sachen wird

[1]) Die besondere Haftung trifft also nur Herbergswirte (nicht zB. Restaurateure hinsichtlich der Garderoben, nicht Vermieter möblierter Zimmer, wohl aber die Schlafwagenunternehmer), besteht nur gegenüber dem Gaste (nicht gegenüber dem Dienstpersonal oder Handwerkern) und auch nur gegenüber einem im Betriebe des Gewerbes freiwillig aufgenommenen Gaste (nicht gegenüber einer als Besuch aufgenommenen Person oder der Einquartierung oder dem unerlaubt im Gasthause nächtigenden Handwerksburschen). Dagegen ist es, wie auch schon nach l. 3 § 1, l. 6 pr. D. 4, 9, gleichgültig, ob für die Aufnahme ein Entgelt geleistet wird (zB. haftet der Gastwirt auch für das Gepäck des Führers).

[2]) Der Wirt haftet also für das in den Fahrradstall gebrachte Rad, für die in den Hotelwagen gelegten, in die Portierloge gestellten, in das Zimmer gebrachten Sachen. Übergebe ich meine Sachen am Bahnhofe dem dort wartenden Hoteldiener, so haftet der Wirt selbst dann für den Verlust, wenn ein Beherbergungsvertrag, etwa wegen inzwischen eingetretener Überfüllung des Hotels gar nicht zu stande kommt.

Digitized by Google

jedoch aus verschiedenen Gründen gemindert oder sogar ganz beseitigt:

α. Der Wirt kann durch Vereinbarung mit dem Gaste seine Haftung mindern oder ausschließen, da die §§ 701—704 natürlich nicht zwingendes Recht sind. Eine einseitige Erklärung des Gastwirts durch Anschlag ist jedoch ohne Wirkung (§ 701 Abs. 3). Wohl aber genügt stillschweigende Vereinbarung, zB. wenn der Gast trotz einer Erklärung des Wirts oder seiner Leute, daß er die Haftung ablehne, einzieht oder im Hause verbleibt.

β. Die Ersatzpflicht des Wirts tritt nicht ein, wenn er beweist, daß der Schaden:

a. von dem Gast, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht worden ist, oder

b. durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entstanden ist (§ 701 Satz 2).

γ. Für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirt nach § 701 nur bis zu dem Betrage von eintausend Mark, es sei denn, daß er diese Gegenstände in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertsachen zur Aufbewahrung übernimmt oder die Aufbewahrung ablehnt oder daß der Schaden von ihm oder von seinen Leuten verschuldet wird (§ 702).[3])

δ. Der Anspruch des Gastes erlischt, wenn nicht der Gast unverzüglich, nachdem er von dem Verlust oder der Beschädigung Kenntnis erlangt hat, dem Gastwirt Anzeige macht. Der Anspruch erlischt nicht, wenn die Sachen dem Gastwirte zur Aufbewahrung übergeben waren (§ 703).

c. Gesetzliches Pfandrecht des Gastwirts.

Der Gastwirt hat für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse

[3]) Streitig ist, ob der Gastwirt, wenn eine Familie in einem Gasthof absteigt, jeder Person bis zur Höhe von 1000 Mk. hafte oder nur insgesamt. Maßgebend ist, ob nur ein Beherbergungsvertrag geschlossen ist, dann haftet der Wirt nur bis zu insgesamt 1000 Mk.

Digitized by Google

gewährte Leistungen mit Einschluß der Auslagen (Verpflegung, Wäsche, bezahlte Rechnungen) gleich einem Vermieter (S. 486) ein Pfandrecht an den dem Gaste gehörenden eingebrachten Sachen (§ 704). Dies wirkt auch im Konkurse des Gastes, KO. § 49[2].

Vierzehnter Titel. Gesellschaft (BGB. §§ 705—740).

§ 147. Die Gesellschaften nach BGB. Allgemeines.

a. Begriff.

Gesellschaft (societas)[1]) ist die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer bestimmter Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke durch gemeinschaftliche Förderung.

Begriffsmerkmale der Gesellschaft sind hiernach:

1. Vereinigung mehrerer Personen. Wie III, 170 ausgeführt, kann eine solche Vereinigung derart erfolgen, daß daraus ein neues Rechtssubjekt entsteht, dann ist eine juristische Person vorhanden; oder so, daß die Beteiligten lediglich als einzelne berechtigt und verpflichtet werden, dann entsteht durch die Vereinigung eine Gesellschaft.

2. Vereinigung bestimmter Personen. Erfolgt eine (gesellschaftsmäßige) Vereinigung derart, daß deren Fortdauer schon von vornherein nicht an die Personen der Gründer geknüpft, sondern ein beliebiger Wechsel vorgesehen ist, so liegt ein (nicht rechtsfähiger) Verein vor. Gemäß § 54 BGB. finden jedoch auf derartige nicht rechtsfähige Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung.[2]) Vielfach wird die praktisch bedeutsame[3]) Feststellung, ob eine

---

[1]) Institutionentitel 3, 25: De societate; Digestentitel 17, 2, Codextitel 4, 37: Pro socio. ALR. I, 17, 3. Abschnitt: Von Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen.

[2]) Dies gilt nach EGBGB. Art. 10 auch für solche ausländischen rechtsfähigen Vereine, deren Rechtsfähigkeit im Inlande nicht durch Bundesratsbeschluß anerkannt ist.

[3]) Es sind nämlich auf die nicht rechtsfähigen Vereine nur die materiell-rechtlichen §§ 705—740 BGB. für anwendbar er-

Digitized by Google

Gesellschaft oder ein Verein vorliegt, schwierig sein. Unterscheidungsmerkmale sind einmal, wie erwähnt, daß die Gesellschaft grundsätzlich auf bestimmte Personen beschränkt (vgl. jedoch S. 712), beim Vereine (zB. studentischen Vereinigungen, Geselligkeitsvereinen) von vornherein ein Wechsel der Mitglieder in Aussicht genommen ist, andererseits, daß nur der Verein eine — wenn auch nur nach innen wirkende — Organisation (Vorstand, Generalversammlung) hat.

3. Vertragsmäßige Vereinigung. Durch bloß zufällige Vereinigung wird keine Gesellschaft (societas), sondern eine — im 15. Titel, §§ 741 ff., besonders geordnete — Gemeinschaft (communio incidens) begründet (s. u.).

4. Gemeinsamer Zweck. Es ist nicht notwendig, daß dieser Zweck ein vermögensrechtlicher ist (zB. Lesegesellschaft). Freilich wird zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Gesellschaft in der Regel nur beim Vorhandensein eines vermögensrechtlichen Interesses eines Beteiligten Anlaß gegeben sein (zB. Ankauf von Büchern, Mieten eines Raums für die Lesegesellschaft).[4])

5. Gemeinschaftliche Förderung.

Eine Vereinigung, die ausschließlich dem Interesse eines der Beteiligten dient und bei welcher sich nicht alle Be-

---

klärt. Dagegen wird ein nicht rechtsfähiger Verein prozeßrechtlich anders behandelt, als die Gesellschaft, indem nach CPO. § 50 Abs. 2 der nicht rechtsfähige Verein die passive Parteifähigkeit hat (I, 221) und nach § 735 zur Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen ein gegen den Verein ergangenes Urteil genügt, während die Gesellschaft als solche nicht parteifähig ist und nach § 736 zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist.

Auch im Konkurse wird der nicht rechtsfähige Verein anders behandelt, als die Gesellschaft. Über letztere ist ein selbständiger Konkurs nicht zulässig, wohl aber über einen „Verein, der als solcher verklagt werden kann"; die für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften sind entsprechend anwendbar (KO. § 213, I, 681).

[4]) Dagegen unterstellte das ALR. nur die Erwerbsgesellschaft den Vorschriften des Titels I, 17. Gesellschaften zu idealen Zwecken (sog. erlaubte Privatgesellschaften, vgl. III, 172[4]) unterstanden den Sonderbestimmungen des Titels II, 6 §§ 11 ff.

Digitized by Google

teiligten zu einer Förderung des Gesellschaftsinteresses verpflichten, ist keine Gesellschaft, so zB. ein Vertrag über eine gemeinschaftliche Unternehmung, bei welcher der eine Teilnehmer allein den Nutzen, der andere allein den Schaden tragen soll, sog. societas leonina.[5]) Eine derartige Vereinigung braucht nicht wirkungslos zu sein, da sie unter den Gesichtspunkt der Schenkung (so ALR. I, 17 § 245) oder der Bürgschaft fallen kann; sie ist nur nicht als Gesellschaft zu behandeln.

Eine Gesellschaft liegt auch nur vor, wenn die Beteiligten einander gleichgeordnet sind: der „commis interessé" ist daher kein Gesellschafter des Prinzipals (S. 552[3]).

b. Anwendungsgebiet des Titels.

Die §§ 705—740 BGB. finden nur auf einen kleinen Bruchteil der Gesellschaften unmittelbar Anwendung.

1. Einzelne Gesellschaftsformen sind reichsrechtlich besonderen Vorschriften unterstellt; vgl. über die Gesellschaften des Handelsrechts unten § 149, über die Kolonialgesellschaften II, 173[6] und III, 177[1].

2. Die Vereinigungen, die in unmittelbarem Zusammenhange mit den der landesrechtlichen Regelung überlassenen Rechtsgebieten stehen, werden in erster Linie durch die landesgesetzlichen Sondervorschriften bestimmt; vgl. III, 178[2] und insbesondere über die Deichverbände II, 570, die gemeinschaftlichen Jagdverbände II, 65[11], die Waldgenossenschaften II, 66[12], die Gewerkschaften II, 646.

Hiernach beschränkt sich das unmittelbare Anwendungsgebiet der §§ 705—740 BGB. wesentlich auf die im neuen HGB. nicht mehr geordneten (S. 714[1]) sog. Gelegenheitsgesellschaften und auf die Gesellschaften mit idealen Zwecken, die nicht in das Vereinsregister eingetragen sind (nicht rechtsfähige Vereine, S. 695). Mangels besonderer Bestimmungen, also subsidiär, kommen die Vorschriften der

[5]) So genannt nach der äsopischen Fabel, nach der der Löwe mit dem Esel auf die Jagd geht, die Jagdbeute aber für sich allein behält („Löwenanteil"); vgl. l. 29 § 2 D. 17, 2.

Digitized by Google

§§ 705—740 BGB. freilich auch auf die ihnen nicht unmittelbar unterworfenen Vereinigungen zur Anwendung. Dies ist ausdrücklich ausgesprochen für die offene Handelsgesellschaft (HGB. § 105 Abs. 2) und für die Kommanditgesellschaft (§ 161).

c. Grundsätzliche Auffassung.

1. Wie erwähnt, handelt es sich bei der gesetzlichen Regelung der Gesellschaft zwar nicht begrifflich, aber hauptsächlich um die Rechtsnormen, welche für die Vermögensgemeinschaft der Gesellschafter, d. h. deren vermögensrechtliche Befugnisse und Pflichten einander und Dritten gegenüber, bestimmend sein sollen. In dieser Beziehung gehen das römische und das deutsche Recht von grundsätzlich verschiedenen Auffassungen aus.

α. Das rR. hat das Gesellschaftsrecht „individualistisch" geregelt. Jeder Gesellschafter tritt sowohl nach innen, den übrigen Gesellschaftern, als nach außen, Dritten gegenüber, nur als Einzelner auf. Jedem Gesellschafter gehört von jedem Stücke des gemeinschaftlichen Vermögens ein Bruchteil, über den er frei verfügen kann und den sein Gläubiger angreifen kann. Es giebt kein in bestimmter Weise begrenztes „Gesellschaftsvermögen". Geht ein Gesellschafter für Gemeinschaftszwecke eine Verpflichtung ein, so ist — mangels einer Vollmacht der übrigen — er allein und persönlich verpflichtet. Die Gesellschaft ist also ein nach außen hin garnicht hervortretendes rein obligatorisches Innenverhältnis der Gesellschafter.

β. Das Gesellschaftsrecht des deutschen Rechts baut sich dagegen auf dem Prinzipe der Gesamthand (II, 468, III, 171) auf. Die für Gemeinschaftszwecke bestimmten Vermögensstücke werden als „Gesellschaftsvermögen" zusammengefaßt, über dessen Bestandteile nicht jeder einzelne Gesellschafter zu dem ihm zustehenden Bruchteile, sondern grundsätzlich nur die Gesamtheit der Gesellschafter insgesamt verfügen kann. Daher kann auch nicht ein Gläubiger eines Gesellschafters dessen Anteil an einem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögensstück angreifen, und ein

Digitized by Google

Gesellschaftsschuldner kann gegen die Gesellschaftsforderung nicht eine Forderung aufrechnen, die ihm gegen einen Gesellschafter zusteht.

2. Von den früheren Kodifikationen folgte das Sächsische BGB. dem rR., während das ALR. (I, 17 §§ 198, 263, 268) und der Code civil die deutschrechtliche Auffassung zu Grunde legten. Auch der erste Entwurf des BGB. beruhte auf dem römischen „Individualprinzipe". Bei der Revision siegte jedoch das Gesamthandprinzip, das auch schon im alten HGB. für die Regelung der offenen Handelsgesellschaft zu Grunde gelegt war. Dies Prinzip ist im BGB. zwar nicht zum besonderen Ausdrucke gelangt, ergiebt sich aber aus den §§ 709 (gemeinschaftliche Führung der Geschäfte, vgl. CPO. § 736), 718 (Gesellschaftsvermögen), 719 (keine Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an dessen einzelnen Bestandteilen; vgl. CPO. § 859, S. 707).

d. Arten.

Im rR. — dessen Gesellschaftsrecht von dem der deutschen Ganerbschaft (II, 468[8]) ähnlichen agnatischen Familienverbande (I, 96) seinen Ursprung genommen haben dürfte, daher das beneficium competentiae der Gesellschafter gegen einander (S. 159[2]) — wurden als Arten der vermögensrechtlichen societas unterschieden (l. 5 pr. D. 17, 2): die societas omnium bonorum, die societas quaestus, die societas negotiationis (Erwerbsgeschäft, zB. „argentariae societas," l. 52 § 5 D. 17, 2) und die societas unius negotii.[6]) Diese Einteilung ist für das BGB. bedeutungslos. Das BGB. erkennt eine allgemeine Gütergemeinschaft nur bei Eheleuten an (§§ 1437 ff.); im übrigen würde ein Vertrag über Zusammenlegung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens gegen § 310 BGB. verstoßen und somit nichtig

[6]) Für die auf lange Dauer berechneten societates publicanorum hatten schon die Römer eine an die heutige Kommanditgesellschaft auf Aktien erinnernde Organisation geschaffen; vgl. hierüber I, 67[5].

Digitized by Google

sein (S. 201[5]). Eine allgemeine Erwerbsgesellschaft wäre zwar zulässig, kommt aber thatsächlich auch nur als Form des ehelichen Güterrechts vor (Errungenschaftsgemeinschaft, §§ 1519 ff.). Die dauernde Vereinigung für ein Erwerbsgeschäft gehört wesentlich dem Handelsrecht an (so vor allem die offene Handelsgesellschaft, S. 718). Für das bürgerliche Recht kommt hiernach hauptsächlich die societas negotii, die Vereinigung zu einzelnen Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung, in Betracht.

§ 148. Die Gesellschaften des BGB. Rechtsverhältnisse.

a. Entstehung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft entsteht durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags. Dieser bedarf an sich keiner Form (wenn eine solche nicht durch die Art der zu leistenden Beiträge bedingt ist, so in den Fällen der §§ 311 und 313 BGB.); er kann also auch stillschweigend geschlossen werden. Auch für den Inhalt des Gesellschaftsvertrags enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften. Nach allgemeinen Grundsätzen (§ 138, III, 487) sind nichtig Gesellschaften zu unmöglichen (BGB. § 306), unerlaubten (§ 309, zB. zur Begehung von strafbaren Handlungen: Bandendiebstahl, Bandenraub, StGB. §§ 243[6], 250[2]) oder unsittlichen Zwecken (zB. Gründung eines Bordells).

b. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu einander (Innenverhältnis).

Die societas des rR. war ein contractus bilateralis aequalis (S. 164); ebenso ist der Gesellschaftsvertrag des BGB. ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. (S. 207). Mit Eingehung der Gesellschaft entstehen für beide Teile gegenseitige Pflichten und Rechte (sonst läge eine nicht als Gesellschaft zu behandelnde societas leonina vor, S. 697); in Rom wurden diese mit der actio pro socio geltend gemacht.

Digitized by Google

Das Innenverhältnis der Gesellschafter zu einander wird in erster Linie durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Erst „suppletorisch" greifen die Vorschriften des BGB. ein.

1. Beitragspflicht.

α. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten (§ 705). Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen (§ 706 Abs. 3, so auch schon § 2 J. 3, 25; zB. der Fahrradhändler A. gründet mit dem Fahrradlehrer B. eine Radfahrlehrbahn; A. stellt Raum und Räder, B. seine Lehrkraft in den Dienst der so entstehenden Gesellschaft).

Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet (§ 707). Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten (§ 706 Abs. 1).

β. Die „Einlagen" der Gesellschafter können — was insbesondere für die Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft wichtig ist, S. 710 — entweder im Eigentume des einlegenden Gesellschafters verbleiben, so daß er nur die Benutzung des eingebrachten Gegenstands während des Bestehens der Gesellschaft dieser überläßt (Einbringung quoad usum); dann trägt der Eigentümer die Gefahr, der Untergang bewirkt also eine Verminderung seiner Einlage, l. 58 pr. D. 17, 2. Oder die Einbringung erfolgt quoad sortem, d. h. mit der Maßgabe, daß der eingebrachte Gegenstand gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden soll; dann geht mit der Einbringung die Gefahr auf die Gemeinschaft der Gesellschafter über, der zufällige Untergang gilt also als Verminderung des Gesellschaftsvermögens.

Welche Bedeutung die Einbringung haben soll, ist unter Zugrundelegung des Gesellschaftsvertrags in erster Linie nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurteilen.

Digitized by Google

Im Zweifel ist nach BGB. § 706 anzunehmen, daß vertretbare und verbrauchbare Sachen quoad sortem, nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sachen nur quoad usum eingebracht sind. Nur wenn die letztgedachten Sachen nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist (sog. aestimatio venditionis causa, nicht blos taxationis causa), ist auch für solche Sachen als Absicht der Parteien die Einbringung quoad sortem zu unterstellen.[1])

2. Haftung.

Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708), mindestens also für grobes Versehen (§ 277). Diese auf die diligentia quam suis geminderte Haftung galt auch nach rR. (l. 72 D. 17, 2, vgl. S. 122[5]), nach ALR. (I, 17 §§ 211 ff.) und nach altem HGB. Art. 94.

Ein Gesellschafter kann gegen den durch sein Verschulden verursachten Schaden nicht die der Gesellschaft in anderen Fällen verschafften Vorteile aufrechnen; vgl. hierüber S. 70[27].

3. Geschäftsführung.

Die Führung der Geschäfte steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Durch Rechtsgeschäft aller Gesellschafter, besonders durch den Gesellschaftsvertrag, kann jedoch (für das Innenverhältnis) bestimmt werden, daß die Geschäftsführung nur einem oder einigen der Gesell-

[1]) Soll die Einbringung quoad sortem erfolgen, so muß der Einbringende auch diejenigen Akte vornehmen, welche zur (dinglichen) Übereignung erforderlich sind, also z.B. bei Grundstücken die Auflassung erklären, bei beweglichen Sachen die Übergabe vollziehen. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrags und die Einbringung haben natürlich, solange das dingliche Übereignungsgeschäft noch nicht vollzogen ist, nur obligatorische Folgen, insofern als die quoad sortem eingebrachten Sachen im Verhältnisse der Gesellschafter zu einander als gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter gelten.

Digitized by Google

schafter zustehen oder nach Mehrheitsbeschlüssen erfolgen soll. Im letzteren Fall ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter (nicht nach der Höhe der Anteile) zu berechnen (§§ 709, 710).

Nach außen kann die durch die grundsätzlich notwendige Anteilnahme aller Gesellschafter an der Geschäftsführung entstehende Schwerfälligkeit dadurch vermieden werden, daß durch den Gesellschaftsvertrag jeder einzelne Gesellschafter (oder mehrere, oder einer derselben) für berechtigt erklärt wird, allein zu handeln. Dann verpflichtet ein solcher Geschäftsführer (nach außen hin) die Gesellschaft (S. 705), es sei denn, daß ein anderer ebenfalls zur Vertretung ermächtigter Gesellschafter der Vornahme des Geschäfts widerspricht; dann muß dieses unterbleiben. (§ 711).

Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluß oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 712).

Im übrigen gelten für die Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter die Grundsätze des Auftrags (§ 713).

Auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter können sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft durch Einsichtnahme der Bücher usw. unterrichten, und zwar bei Verdacht unredlicher Geschäftsführung auch wenn auf die Einsichtnahme vertraglich verzichtet ist (§ 716)[2]).

---

[2]) Wohl zu bemerken ist, daß die §§ 709—713, 716 nur das Verhältnis der Gesellschafter unter einander betreffen; die Befugnis zur Vertretung der Gesellschafter nach außen hin ist dagegen in den §§ 714, 715 bestimmt (S. 705). Ebenso behandeln bei der Offenen Handelsgesellschaft die §§ 109—122 HGB. das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander, §§ 123—130 das Verhältnis zu Dritten (unten S. 718).

Die Frage, ob der geschäftsführende Gesellschafter für Zufälle, die ihm bei der Geschäftsführung zustoßen, Ersatz verlangen kann, ist vom BGB. hier, wie auch beim Auftrage, nicht entschieden worden (anders l. 52 § 4, 60 § 1 D. 17, 2; ALR. I, 17 § 227). HGB.

Digitized by Google

4. Übertragbarkeit.

Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen (zB. auf Leistung der Beiträge, Schadensersatz für Verschulden, Einsicht der Geschäftsbücher) sind nicht übertragbar[3]). Sie sind also auch unpfändbar und können nicht mit einem Nießbrauch oder Pfandrechte belastet werden (CPO. § 851, BGB. §§ 1069, 1274).

Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann (zB. auf ein in Monatsraten zahlbares Honorar), sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt (§ 717).

5. Gewinn und Verlust.

α. Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluß und die Verteilung des Gewinns und Verlusts erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen. Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluß und die Gewinnverteilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahrs zu erfolgen (§ 721).[4])

---

§ 110 erklärt dagegen die offene Handelsgesellschaft für solche Verluste ersatzpflichtig, die unmittelbar durch die Geschäftsführung oder durch die mit ihr untrennbar verbundenen Gefahren verursacht worden sind.

[3]) Sonst könnte jeder Gesellschafter den übrigen einen beliebigen Cessionar aufdrängen. Gestattet ist aber natürlich, daß ein Gesellschafter hinsichtlich seiner Beteiligung am Gewinn und Verlust „Unterkonsortialbeteiligte" heranzieht. Dann entsteht zwischen diesen und dem Gesellschafter eine besondere Gesellschaft. Der Hauptgesellschaft gegenüber haben diese Unterbeteiligten jedoch keinerlei Rechte, insbesondere auch nicht auf Einsicht der Bücher. Ebenso schon l. 19—23 D. 17, 2.

[4]) Erst auf Grund eines nach Beendigung der Gesellschaft oder einer Abrechnungsperiode erfolgenden Rechnungsabschlusses (Ziehung der Bilanz) läßt sich entscheiden, ob Gewinn oder Verlust, d. h. Vermehrung oder Verminderung der Kapitaleinlagen, eingetreten ist; vgl. § 2 I. 3, 25, l. 30 D. 17, 2. Bei den handelsrechtlichen Gesellschaften ist regelmäßig alljährliche Ziehung der Bilanz vorgeschrieben

Digitized by Google

β. Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verluste (§ 722 Abs. 1, hinsichtlich der Auseinandersetzung, vgl. S. 712).[5]) Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust (§ 722 Abs. 2).

c. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft Dritten gegenüber (Außenverhältnis).

1. Vertretung.

Im Gegensatze zur juristischen Person (III, 184) hat die Gesellschaft keine sie kraft Gesetzes nach außen hin vertretenden „Organe". Allerdings sind nach § 714 die nach dem Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter im Zweifel auch zur Vertretung der anderen Gesellschafter Dritten gegenüber berechtigt. Es handelt sich hier aber um eine durch Rechtsgeschäft (den Gesellschaftsvertrag) erteilte Vertretungsmacht, für deren Vorhandensein nur eine gesetzliche Vermutung aufgestellt ist.[6]) Ist ein

und die Übertretung dieser Verpflichtung für den Fall der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung mit Strafe bedroht (vgl. zB. HGB. §§ 120, 240, KO. §§ 240[4], 244, „einfacher Bankerutt").

[5]) Ebenso bestimmte l. 29 pr. D. 17, 2: **Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat.** Dagegen bestimmte sich nach ALR. I, 17 § 251 die Verteilung von Gewinn und Verlust nach der Höhe der Beiträge.

Nach HGB. § 121 gebührt jedem Gesellschafter einer OHG. zunächst ein Anteil in Höhe von 4% seines Kapitalsanteils; der überschießende Gewinn, sowie der Verlust des Geschäftsjahrs wird sodann nach Köpfen verteilt (S. 719).

[6]) Der geschäftsführende Gesellschafter hat ferner keine gesetzlich umgrenzte Vollmacht, wie zB. der offene Handelsgesellschafter (HGB. § 126), sondern ist nur insoweit vertretungsberechtigt, als er nach dem Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung befugt ist. Wenn er also namens der Gesellschaft einen Vertrag schließt, muß der Gegner sich vergewissern, daß er hierzu befugt ist.

Das Gleiche gilt für den Prozeß. Grundsätzlich können nur alle Gesellschafter zusammen Rechte des Gesellschaftsvermögens geltend machen und (vorausgesetzt, daß nicht eine Gesamtschuld vorliegt,

Digitized by Google

Gesellschafter hiernach zur Vertretung der übrigen berechtigt, so wird doch nicht die Gesellschaft als solche — denn diese ist eben kein selbständiges Rechtssubjekt — sondern es werden die einzelnen Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Es entsteht also ein Rechtsverhältnis mit einer Mehrheit von Gläubigern oder von Schuldnern; ob hierbei für die Gesellschafter anteilige oder gemeinschaftliche oder korreale Berechtigung und Verpflichtung entsteht, ist unter Anwendung der S. 359 dargestellten Regeln nach dem Inhalte des vorgenommenen Rechtsgeschäfts zu beurteilen. Schließt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter namens der Gesellschaft einen Vertrag ab, so haftet gemäß § 427 jeder Gesellschafter persönlich und auf das Ganze. Der Gläubiger braucht sich nicht an das Gesellschaftsvermögen zu halten; er kann dies aber überhaupt nur auf Grund eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Urteils (S. 696[3], 707).

2. Die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens.

Das Gesellschaftsrecht des BGB. beruht, wie S. 698 erwähnt, auf dem deutschrechtlichen Gedanken der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens, d. h. des gemeinschaftlichen Vermögens der Gesellschafter, das deren Beiträge und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände umfaßt. Das Gesellschaftsvermögen stellt eine universitas juris (ein Sondervermögen, III, 282) dar (§ 718), deren Eigentümer die Gesellschafter-Gemeinschaft ist und hinsichtlich deren das „Surrogationsprinzip" (III, 283) Platz greift.

S. 359) auf Gesellschaftsschulden verklagt werden. Es ist also eine notwendige Streitgenossenschaft (ZPO. § 62, I, 220) vorhanden, und die exceptio plurium litisconsortium steht sowohl dem Gesellschaftsschuldner zu, der von einem Gesellschafter auf Leistung an ihn verklagt wird (dagegen kann jeder Gesellschafter zur Wahrung seines „Individualrechts" auf Leistung an die Gesellschaft klagen, vgl. BGB. § 432, S. 372), als auch dem Gesellschafter, der allein auf Zahlung einer Gesellschaftsschuld belangt wird. Ist dagegen ein zur Prozeßführung berechtigter Geschäftsführer vorhanden, so kann er allein klagen oder verklagt werden.

Digitized by Google

An dem Gesellschaftsvermögen bestehen nun nicht Sonderrechte der einzelnen Gesellschafter, sondern nur Gesamthandsrechte der Gesellschafter-Gemeinschaft. Das Gesellschaftsvermögen ist für die Zwecke der Gesellschaft „dinglich gebunden". Dieser Grundsatz ist in folgenden Sätzen zum Ausdrucke gelangt:

a. Ein Gesellschafter kann **nicht** über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen **verfügen.**[7]) Er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen (§ 719 Abs. 1). Ergänzend bestimmt CPO. § 736, daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist.

a. Der Grundsatz des § 719 Abs. 1 BGB. gilt an sich auch gegenüber den **Gläubigern** eines Gesellschafters, die sich an dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen halten wollen. Denn sie können auf Grund einer Pfändung und Überweisung nicht mehr Rechte erhalten, als ihr Schuldner hat (CPO. § 851 Abs. 1, I, 572); vgl. auch BGB. § 717 (S. 704). Um nun aber die Anteilsrechte des Gesellschafters nicht einer Zwangsvollstreckung dauernd zu entziehen, ist nach CPO. § 859 der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (nicht jedoch auch sein Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen) der Pfändung unterworfen (I, 581). Hat ein Gläubiger ferner diesen Anteil gepfändet, so kann er nach BGB. § 725 die Gesellschaft kündigen (S. 709) und auf diese Weise sein Pfandrecht verwirklichen.

b. Wird über das Vermögen eines Gesellschafters **Konkurs** eröffnet, so gehört zur Konkursmasse (als allein

[7]) Es kann also zB. auch kein Gesellschafter zu dem ihm zustehenden Anteil eine Gesellschaftsforderung dem Gesellschaftsschuldner erlassen. Umgekehrt ist der Gesellschaftsschuldner durch Leistung an einen Gesellschafter nicht einmal hinsichtlich des Anteils des letzteren befreit, wenn die Leistung nicht in das Gesellschaftsvermögen geflossen ist. Jedoch ist der gutgläubige Schuldner nach Maßgabe der zu Gunsten des gutgläubigen Schuldners einer abgetretenen Forderung geltenden Vorschriften (BGB. §§ 406—408, oben S. 332) geschützt (§ 720).

Digitized by Google

der Zwangsvollstreckung unterworfen, KO. § 1) das Anteilsrecht des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen (nicht aber an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen, s. o.). Der dem in Konkurs geratenen Gesellschafter zukommende Anteil ist außerhalb des Konkursverfahrens (KO. § 16) unter Berücksichtigung des den übrigen Gesellschaftern gemäß KO. § 51 hieran zustehenden Absonderungsrechts zu ermitteln (unten S. 710).

β. Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner **nicht** eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung **aufrechnen** (§ 719 Abs. 2); vgl. oben S. 274[7].

γ. Es kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern **fortbestehen** soll (S. 712).

d. Endigung der Gesellschaft.

1. Endigungsgründe.

Abgesehen von den allgemeinen Endigungsgründen (Eintritt einer auflösenden Bedingung, Ablauf der vertragsmäßig bestimmten Zeit, Auflösungsvertrag) kann die Gesellschaft aus bestimmten besonderen Gründen endigen.[8]) Solche sind:

α. Kündigung.

a. Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen. Das Gleiche gilt, wenn eine Gesellschaft für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird (§§ 723, 724).

---

[8]) Vgl. l. 4 § 1 D. 17, 2: **Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate** (Konkurs); und andererseits l. 63 § 10 D. 17, 2: **Societas solvitur ex personis** (Tod und **capitis diminutio**), **ex rebus** (Untergang der gemeinschaftlichen Sache), **ex voluntate** (Auflösungsvertrag), **ex actione** (Kündigung durch Anstellung der **actio communi dividundo**).

Digitized by Google

Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig (§ 723 Abs. 1).

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt.[9])

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Die Kündigung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das gegenüber den anderen Gesellschaftern vorzunehmen ist (III, 387).

b. Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist. Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen (§ 725); vgl. oben S. 707.[10])

---

[9]) Vgl. l. 14—16, 65 § 6 D. 17, 2: **socium a se, non se a socio liberat**, d. h. der unzeitig Kündigende ist weiter an dem Verluste, nicht mehr aber am Gewinne der im Augenblicke der Kündigung laufenden Geschäfte beteiligt. In das BGB. ist dieser Satz nicht übergegangen. Der unzeitig kündigende Gesellschafter ist nur schadensersatzpflichtig (§ 723 Abs. 2).

[10]) Erschwerter ist die Kündigung der offenen Handelsgesellschaft seitens des Privatgläubigers eines Gesellschafters. Denn nach HGB. § 135 kann dies nur geschehen, wenn in den letzten sechs Monaten eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ohne Erfolg versucht ist, und ferner kann der kündigende Privatgläubiger nur sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs kündigen (S. 721).

Digitized by Google

β. Erreichung oder Unmöglichwerden des vereinbarten Zwecks beenden die Gesellschaft ohne weiteres (§ 726, zB. bei einer Gesellschaft zur Herstellung eines Werks oder zur Ausbeutung einer Kiesgrube mit der Fertigstellung des Werks oder der Erschöpfung der Grube).

γ. Tod.

Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt (§ 727 Abs. 1, vgl. Abs. 2 wegen Fortführung der Geschäfte bei Gefahr im Verzuge). Es kann also auch Fortbauer der Gesellschaft mit den Erben oder unter den übrigen Gesellschaftern vereinbart sein, was nach rR. begrifflich unmöglich war (l. 52 pr. D. 17, 2; vgl. § 5 J. 3, 25: quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit).

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters beendet nicht ohne weiteres die Gesellschaft. Jedoch kann ein solches Ereignis ein „wichtiger Grund zur Kündigung" im Sinne des § 723 sein.

δ. Konkurs.

Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst (§ 728, oben S. 708). Es kann aber auch hier durch den Gesellschaftsvertrag das Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern bestimmt sein, unten S. 712.

2. Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern (Liquidation).

α. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt. Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschafts-

Digitized by Google

vertrage zustehende Befugnis zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergiebt, mit der Auflösung der Gesellschaft;[11]) die Geschäftsführung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 730).

β. Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung nach den für die Teilung einer Gemeinschaft (unten § 150) geltenden Vorschriften (§ 731) unter Festhaltung folgender Grundsätze:

a. Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen (§ 732). Die „quoad sortem" (S. 701) eingebrachten Gegenstände dagegen sind Bestandteile des Gesellschaftsvermögens.

b. Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluß derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften. Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten (§ 733 Abs. 1).

c. Aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Wert zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstands bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden (§ 733 Abs. 2).

---

[11]) Entsprechend dem § 674 (S. 673) bestimmt § 729: Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß. Ebenso schon l. 66 § 10 D. 17, 2.

Digitized by Google

b. Zur Berichtigung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen (§ 733 Abs. 3).

c. Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Überschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinne (§ 734).

3. Haftung für eine Unterbilanz.

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen (§ 735). Es findet also ein Umlageverfahren (I, 683) statt. Zu beachten ist jedoch, daß § 735 lediglich das Verhältnis der Gesellschafter zu einander, nicht zu den Gesellschaftsgläubigern betrifft.

e. Fortsetzung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft des BGB. ist — anders als die societas des rR., S. 710 — insofern nicht unbedingt an die Personen der Gesellschafter gebunden, als trotz des Ausscheidens einzelner unter den übrigen die Gesellschaft fortgesetzt werden kann. Dagegen ist (dadurch vor allem unterscheiden sich Verein und Gesellschaft) der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die fortbestehende Gesellschaft unzulässig. Es muß mit dem Eintretenden ein neuer Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden, und er haftet für die bisherigen gemeinschaftlichen Schulden nur im Fall einer Schuldübernahme (anders bei der offenen Handelsgesellschaft, HGB. § 130, S. 720).

Von der Fortsetzung der Gesellschaft kann natürlich nur die Rede sein, wenn außer den ausscheidenden noch mindestens zwei Gesellschafter vorhanden sind.

1. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs

Digitized by Google

über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus (§ 736).

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 (S. 709) zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter (§ 737).

2. In beiden Fällen tritt keine „Liquidation" des Gesellschaftsvermögens nach den §§ 730—735 (S. 711), sondern eine Abfindung des ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters ein.

α. Der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten (§ 738).

β. Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen (§ 739). Die Verpflichtung des Ausgeschiedenen den Gesellschaftsgläubigern gegenüber wird durch sein Ausscheiden natürlich nicht berührt. Er kann sie nicht etwa an das Gesellschaftsvermögen verweisen (S. 712).

γ. Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und

Digitized by Google

dem Verluste teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen (§ 740).

§ 149. Die Gesellschaften des Handelsrechts.

a. Allgemeines.

1. Die Gesellschaften des Handelsrechts sind: die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die stille Gesellschaft, die Rhederei, diese sämtlich im HGB. geordnet; ferner durch besondere Reichsgesetze geregelt: die eingetragene Genossenschaft (RG. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, Neufassung vom 20. Mai 1898) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RG. vom 20. April 1892, Neufassung vom 20. Mai 1898).[1])

2. Die handelsrechtlichen Gesellschaften können nach verschiedenen Gesichtspunkten eingeteilt werden, einmal danach, ob sie juristische Persönlichkeit haben oder nicht, und ferner danach, in welcher Weise die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften.

[1]) Nach dem alten HGB. Art. 266—270 war auch die Vereinigung zu einer oder mehreren Handelsgesellschaften für gemeinschaftliche Rechnung, die sog. Gelegenheitsgesellschaft, einigen besonderen Vorschriften unterworfen worden. Diese Besonderheiten gelten nach BGB. fast sämtlich für alle Gesellschaften (Formfreiheit, Art. 266; Beitragspflicht, Art. 267, jetzt BGB. § 706; Beteiligung am Gewinn und Verluste nach Köpfen, Art. 268, jetzt BGB. § 722, allerdings ohne vorherige Verzinsung der Einlagen; solidarische Verpflichtung aus den durch einen vertretungsberechtigten Geschäftsführer geschlossenen Geschäften, Art. 269, jetzt BGB. § 427, absichtlich nicht übernommen ist aber die solidarische Berechtigung, S. 369[2]; Rechnungslegung, Art. 270, jetzt BGB. § 713).

Digitized by Google

α. Einteilung nach der juristischen Persönlichkeit.

a. Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit sind:

die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die stille Gesellschaft und die Rhederei;

b. Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit sind:

die Aktiengesellschaft, die eingetragene Genossenschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die juristische Natur der Aktienkommanditgesellschaft ist streitig. Nach Staub hat die AKG. selbst, nach Cosack nur die Gesamtheit der Kommanditisten juristische Persönlichkeit.

β. Einteilung nach der Art der Haftung.

Für die Frage der Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden sind vier einander kreuzende Prinzipien maßgebend.[2])

a. Die Gesellschafter können entweder von den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden (Gesellschaften mit Haftpflicht: offene Gesellschaft, Komplementare der Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaft, Kommanditisten der Kommanditgesellschaft, Eingetragene Genossenschaften mit unbeschränkter und mit beschränkter Haftpflicht, Rhederei); oder die Gesellschafter haften nicht unmittelbar den Gesellschaftsgläubigern, sondern nur der Gesellschaft; nur an diese können sich die Gesellschaftsgläubiger halten (Gesellschaften mit Nachschuß- oder Deckungspflicht: Eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft, Kommanditisten der Aktienkommanditgesellschaft).

---

[2]) Außer Betracht bleibt hier die stille Gesellschaft (unten k.), da sie nach außen überhaupt nicht als Gesellschaft auftritt, bei ihr also auch keine Beziehung des stillen Gesellschafters zu den Geschäftsgläubigern eintritt.

Digitized by Google

b. Bei den Gesellschaften mit Haftpflicht können die Gesellschaftsgläubiger sich an die Gesellschafter entweder von vornherein halten (Gesellschaften mit prinzipaler Haftpflicht: offene Handelsgesellschaft, Komplementare der Kommanditgesellschaft und der Aktienkommanditgesellschaft, Kommanditisten der Kommanditgesellschaft, Rhederei); oder die Gesellschafter haften nur subsidiär, im Falle der Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens (Gesellschaften mit subsidiärer Haftpflicht: Eingetragene Genossenschaften mit unbeschränkter und mit beschränkter Haftpflicht).

c. Bei den Gesellschaften mit Haftpflicht haften die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden entweder als Gesamtschuldner (d. h. jeder kann auf die ganze Forderung belangt werden; so alle haftpflichtigen Gesellschaften, außer der Rhederei); oder die Gesellschafter haften nur als Teilschuldner (so bei der Rhederei).[3])

d. Die Gesellschafter haften für die Gesellschaftsschulden entweder unbeschränkt, also mit ihrem ganzen Vermögen (offene Handelsgesellschaft, Komplementare der Kommandit- und der Aktienkommanditgesellschaft, Eingetragene Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht und unbeschränkter

[3]) Mit dieser Frage, ob die Gesellschafter „solidarisch" oder „ratierlich" haften, ist die andere Frage, ob sie „unbeschränkt" oder „beschränkt" haften (Grundsatz zu d.) nicht zu verwechseln. Das erste Prinzip bedeutet, daß der Gläubiger seine ganze Forderung gegen einen Gesellschafter allein geltend machen kann, das zweite, bis zu welcher Höhe der Gesellschafter ihn befriedigen muß. Wenn z. B. A. eine Forderung von 12000 Mk. gegen die Kommanditgesellschaft B. & Co. hat, so kann A. gegen jeden der drei Kommanditisten C. D E. auf Zahlung der 12000 Mk. klagen (denn C. D. E. sind Gesamtschuldner, allerdings nur in Höhe der rückständigen Einlage, S. 723). Der beklagte Kommanditist C. kann also zwar nicht einwenden, daß er nur nach Kopfteilen (auf 4000 Mk.) hafte, wohl aber, daß er seine Einlage bereits an die Gesellschaft oder andere Gesellschaftsgläubiger abgeführt habe (die Kommanditisten haften solidarisch, aber beschränkt, S. 723). Umgekehrt kann der Rhedereigläubiger wegen einer Rhedereischuld von 100000 Mk. gegen jeden der 4 Mitrheder nur in Höhe von je 25000 Mk. vorgehen, aber ohne Rücksicht auf die anderweiten Leistungen des Beklagten (die Mitrheder haften ratierlich, aber unbeschränkt, vgl. unten g).

Digitized by Google

Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden.

a. Offene Handelsgesellschaft:	unmittelbar, von vornherein, solidarisch, unbeschränkt.
b. Kommanditgesellschaft.	
1. Persönlich haft. Gesellschafter:	unmittelbar, von vornherein, solidarisch, unbeschränkt.
2. Kommanditisten:	unmittelbar, von vornherein, solidarisch, nur bis zur Höhe der Einlage.
c. Kommanditgesellschaft auf Aktien.	
1. Persönlich haft. Gesellschafter:	unmittelbar, von vornherein, solidarisch, unbeschränkt.
2. Kommanditisten:	mittelbar, nur bis zur Höhe der Einlage.
d. Aktiengesellschaft:	mittelbar, nur bis zur Höhe der Einlage.
e. Rhederei:	unmittelbar, von vornherein, geteilt, unbeschränkt (soweit nicht nur mit der **fortune de mer** gehaftet wird, vgl. unten § 149 g).
f. Gesellschaft mit beschränkter Haftung:	mittelbar, beschränkt.
g. Eingetragene Genossenschaft.	
1. Mit unbeschränkter Haftpflicht:	unmittelbar, subsidiär, solidarisch, unbeschränkt.
2. Mit beschränkter Haftpflicht:	unmittelbar, subsidiär, solidarisch, nur bis zu bestimmter Höhe.
3. Mit unbeschränkter Nachschußpflicht:	mittelbar, unbeschränkt.

Digitized by Google

Nachschußpflicht, Rhederei, diese aber nur bezüglich gewisser Schulden); oder *beschränkt*, nur in Höhe gewisser Beiträge (Kommanditisten, Aktionäre der Kommanditgesellschaft und der Aktiengesellschaft, Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

Die hiernach für die einzelnen Gesellschaften geltenden Haftungsgrundsätze ergiebt die Übersicht S. 717.

3. Die Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Eingetragenen Genossenschaften haben zweierlei gemeinsam und bilden insofern eine Gruppe im Gegensatze zu den übrigen Gesellschaften:

α. Sie *entstehen* erst durch ihre *Eintragung* in das Handelsregister;

β. Sie *gelten als Handelsgesellschaften*, also als Kaufleute, auch wenn der Gegenstand ihres Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht (HGB. §§ 200, 210 Abs. 2, 320 Abs. 3, RG. vom 20. 4. 92 §§ 11, 13, Genoss.Ges. §§ 13, 17).

b. *Offene Handelsgesellschaft* (HGB. Buch II, Abschnitt 1 §§ 105—160).[4])

1. Begriff.

Eine OHG. ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ohne daß bei einem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist (§ 105). Über die juristische Natur der OHG. vgl. II, 470[9].

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur *Eintragung* in das Handelsregister

[4]) Die Vorschriften über die OHG. sind im neuen HGB. dadurch sehr vereinfacht, daß bei der vielfachen Annäherung der Gesellschaft des BGB. an die im alten HGB. für die OHG. aufgestellten Grundsätze (S. 699) nur die Besonderheiten der OHG. geregelt zu werden brauchten, während ergänzend die Vorschriften des BGB. zur Anwendung gelangen (HGB. § 105 Abs. 2, S. 698). Die noch bestehenden Abweichungen der OHG. von der Gesellschaft des BGB. sind im Texte hervorgehoben.

Digitized by Google

anzumelden (§ 106, anders die Gesellschaft des BGB.). Mit der Eintragung, sofern die OHG. jedoch ihre Geschäfte schon vor der Eintragung begonnen hat, mit dem Geschäftsbeginne, tritt Dritten gegenüber die Wirksamkeit ein (§ 123). Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten. Die Namen anderer Personen dürfen in die Firma nicht aufgenommen werden (§ 19). Da jedoch das hierin liegende Prinzip der Firmenwahrheit (III, 231) für den Fall des Fortbestehens der Gesellschaft nach Ausscheiden eines Gesellschafters verlassen ist, kann es vorkommen, daß die Firma die Namen von Personen enthält, die nicht mehr Gesellschafter sind. Hierzu bedarf es jedoch deren Einwilligung (§ 24).

2. Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander (Innenverhältnis).

α. Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen (Konkurrenzverbot, § 112). Bei Verletzung des Verbots kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern oder in die Konkurrenzgeschäfte eintreten (§ 113). Für die Gesellschaft des BGB. besteht kein Konkurrenzverbot.

β. Zur Führung der Geschäfte ist grundsätzlich jeder Gesellschafter allein berechtigt (§§ 114, 115, anders BGB. §§ 709, 710, S. 702); jedoch muß die Vornahme einer Handlung beim Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters unterbleiben.

γ. Der Jahresgewinn wird nicht, wie nach BGB. § 722, sogleich nach Köpfen verteilt, sondern jeder Gesellschafter erhält vorweg 4% seines Kapitalsanteils (§ 121).

3. Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten (Außenverhältnis).

α. Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen,

Digitized by Google

Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen oder verklagt werden (wichtigste Abweichung von der Gesellschaft des BGB., S. 706). Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft als solche gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich (§ 124, nicht gegen alle Gesellschafter, wie bei der Gesellschaft des BGB. gemäß CPO. § 736, S. 707).

β. Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen, einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura. Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 126, also gesetzlich bestimmter Umfang; dagegen richtet sich die Vertretungsmacht bei einer Gesellschaft des BGB. nach dem Gesellschaftsvertrage, S. 705[6]).

γ. Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 128, anders nach BGB., S. 706).

δ. Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 130, anders nach BGB., S. 712).

4. Auflösung der OHG.

α. Über das Vermögen der OHG. ist ein selbständiger Konkurs möglich, und dessen Eröffnung gilt als Auflösungsgrund (§ 131[3], KO. §§ 209—211, I, 681; anders nach BGB., S. 696[2]).

β. Die Kündigung einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft kann nicht, wie nach BGB. § 723 (S. 708), jederzeit, sondern nur mit sechsmonatiger Frist für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen (§ 132).

γ. Erreichung oder Unmöglichwerden des Gesellschafts-

Digitized by Google

zwecks beenden die OHG. nicht, wie nach BGB. § 726 (S. 710), ohne weiteres, sondern können nur als wichtige Gründe zur Kündigung in Betracht kommen.

δ. Die Kündigung seitens eines Privatgläubigers ist nur bei fruchtloser Vollstreckung in das bewegliche Vermögen eines Gesellschafters innerhalb der letzten sechs Monate und nur mit sechsmonatiger Frist für den Schluß eines Geschäftsjahrs zulässig (§ 135; anders nach BGB. § 725, S. 709).

ε. Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen (§ 142; das BGB. kennt ein solches Übernahmerecht nicht, S. 712).

ζ. Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 144; dem BGB. ist eine Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung unbekannt).

η. Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren, falls sie nicht einer kürzeren Verjährung unterliegen, III, 635[2], in fünf Jahren von Eintragung der Auflösung der OHG. oder des Ausscheidens des Gesellschafters in das Handelsregister an (§ 159; das BGB. kennt keine besondere Verjährung der Gesellschaftsschulden).

c. Die Kommanditgesellschaft (HGB. Buch II, Abschnitt 2, §§ 161—177).[5])

[5]) Die Kommanditgesellschaft ist im Mittelalter entstanden. In Italien war für Bank- und Seegeschäfte eine Gesellschaftsform (commenda) üblich, bei der die eine Partei (commendator) eine Einlage machte, die andere (tractator) die Geschäfte besorgte. Zu-

Digitized by Google

1. Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter oder Komplementare, § 161 Abs. 1).

Die KG. steht hiernach in der Mitte zwischen der offenen Handelsgesellschaft, bei der alle Gesellschafter unbeschränkt haften, und der Aktiengesellschaft, bei der kein Gesellschafter anders als mit einer Vermögenseinlage haftet.

2. Auf die Kommanditgesellschaften finden die Bestimmungen über die OHG. Anwendung, soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist (§ 161 Abs. 2). Die Abweichungen, die sich aus der verschiedenartigen Beteiligung der Komplementare und der Kommanditisten erklären, sind u. A.:

α. Die Anmeldung[6]) der Gesellschaft zum Handelsregister hat außer den auch sonst erforderlichen Angaben

---

weilen schoß auch der tractator ein eigenes Kapital ein (collegantia, deutsch wedderlegginge). Ausgebildet wurde die commenda in Frankreich, und zwar in zwei Formen: als accommandita (woraus die heutige Kommanditgesellschaft entstand) unter einer Gesellschaftsfirma und als participatio (woraus die heutige stille Gesellschaft erwuchs), wobei der tractator unter eigenem Namen die Geschäfte führte.

[6]) Die Firma einer Kommanditgesellschaft hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze zu enthalten; die Namen der Kommanditisten dürfen in die Firma nicht aufgenommen werden (§ 19). Nach dem alten HGB. war ein Kommanditist (Art. 168, ebenso auch ein stiller Gesellschafter, Art. 257), dessen Name in der Firma enthalten war (zB. wenn die offene Handelsgesellschaft Müller & Schulze sich unter unveränderter Firma in eine Kommanditgesellschaft verwandelte, indem Schulze bloßer Kommanditist wurde), den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und in voller Höhe verpflichtet. In das neue HGB. ist diese Vorschrift als ungerechtfertigt nicht übernommen worden. In dem vorerwähnten Falle

Digitized by Google

(Bezeichnung der Gesellschafter, Angabe der Firma und des Sitzes der Gesellschaft, Zeitpunkt des Geschäftsbeginns, § 106) die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten. Veröffentlicht wird aber nur die Zahl der Kommanditisten, nicht ihr Name oder der Betrag ihrer Einlagen (§ 162). Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Beteiligung als bloßer Kommanditist dem Gläubiger bekannt war (§ 176).

β. Die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164). Sie sind nur berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen (§ 166). Das Konkurrenzverbot (S. 719) gilt für sie nicht (§ 165).

γ. Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist (§ 171). Im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt. Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam. Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das Gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch

haftet Schulze heute also nicht mehr in voller Höhe, sondern nur als Kommanditist, auch wenn sein Name in der Firma geblieben ist. In das Handelsregister darf jedoch eine Firma nicht neu eingetragen werden, in welcher der Name einer anderen Person als des persönlich haftenden Gesellschafters enthalten ist.

Digitized by Google

Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird. Was ein Kommanditist auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet (§ 172).

δ. Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge (§ 177), wohl aber der Tod eines Komplementars.

d. Die Aktiengesellschaft (HGB. Buch II, Abschnitt 3 §§ 178—319).[7])

---

[7]) Geschichte der Aktiengesellschaft.

a. Die moderne Aktiengesellschaft ist aus zwei Gesellschaftsformen entstanden.

1. In Italien bildeten sich im Mittelalter Vereine (**montes**) zur Gewährung von Darlehen an den Staat. Die zu gewährende Anleihe wurde in Anteile (**loca montis**) zerlegt und bildete das Grundkapital des mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Vereins (zuerst die Bank von Chios, 1346, und die St. Georgs-Bank in Genua im 15. Jahrhundert; auch die **Bank of England** ist zwecks eines Darlehens an den Staat gegründet, III, 374[6]).

2. In den Seefahrt treibenden Staaten bildeten sich im 17. Jahrhundert Handelskompagnieen für den überseeischen Geschäftsverkehr aus, deren Mitglieder (Aktionisten, Aktionäre) zu Einlagen nur in bestimmter Höhe verpflichtet waren. Die Mitgliederanteile hießen Aktien (von **actio**, frz. **action**, engl. **share** spr. schehr); solche Handelskompagnieen waren zB. die Niederländisch-Ostindische (1602), die Englisch-Ostindische (1613), die Brandenburgisch-Amerikanische (1688).

b. Für beide Arten von Vereinen galt das Erfordernis der Staatsgenehmigung. Das Staatsprivileg bestimmte auch die Verfassung jeder Gesellschaft. Es gab also kein allgemein gültiges Aktienrecht. Das Bedürfnis nach einem solchen stellte sich erst im 19. Jahrhundert heraus. Gesetzlich festgestellt wurde das Recht der Aktiengesellschaften (**sociétés anonymes**) im **Code de commerce** und in Deutschland durch das Pr. Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 und ein PrG. vom 9. November 1843.

c. Ein für ganz Deutschland gültiges Aktienrecht wurde erst durch das alte HGB. geschaffen.

1. Das ADHGB., das in Preußen 1861 eingeführt wurde (II, 416), beruhte noch auf dem Konzessionssysteme (III, 175). Die Gründung jeder Aktiengesellschaft (nicht aber auch der Aktienkommanditgesellschaft) bedurfte staatlicher Genehmigung. Dieses die

Digitized by Google

1. Allgemeine Vorschriften.

α. Eine Aktiengesellschaft ist vorhanden, wenn die sämtlichen Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft beteiligt sind, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften (§ 178).

β. Die Firma einer Aktiengesellschaft ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen (Sachfirma) und muß außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" enthalten (§ 20, Neuerung des neuen HGB.).

γ. Die Aktien sind unteilbar. Sie können auf den Inhaber oder auf Namen lauten. Interimsscheine (d. h. Anteilscheine, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden) und Aktien, die vor der vollen Leistung des Ausgabepreises ausgegeben werden, dürfen nicht auf den Inhaber lauten. Die vor der vollen Einzahlung ausgegebenen Namensaktien müssen den Betrag der geleisteten Einzahlung erkennen lassen (§ 179).

Entwickelung des Aktienwesens hemmende System wurde in der Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 durch das sog. System der Normativbestimmungen ersetzt, wonach jede Handelsvereinigung durch Eintragung in das Handelsregister Aktiengesellschaft werden konnte, vorausgesetzt, daß einheitlich (als „Norm", daher der Name) bestimmte Vorbedingungen erfüllt waren.

2. Die hierdurch geminderte Möglichkeit einer staatlichen Prüfung und Beaufsichtigung der Aktiengesellschaften führte zu den Mißständen der sog. Gründerjahre (von 1873 an). Den dem großen Publikum durch schwindelhafte „Gründungen" drohenden Gefahren trat die Novelle vom 18. Juli 1884 durch Verschärfung der Normativbestimmungen und durch Ermöglichung einer wahrheitsgemäßen Prüfung der Gründungsvorgänge entgegen. Einigen noch verbliebenen Unzuträglichkeiten steuerte das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 (§§ 36 ff., Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, vgl. unten § 156).

3. Das neue HGB. hat nur Einzelheiten des bisherigen Rechts geändert; eine durchgreifende Reform wurde nicht für erforderlich erachtet. Äußerlich ist allerdings das Aktienrecht insofern umgestaltet, als es im alten HGB. anhangsweise zur Kommanditgesellschaft auf Aktien behandelt war, während im neuen HGB. die Aktiengesellschaft entsprechend ihrer vorwiegenden Bedeutung selbständig behandelt ist und alsdann die für die Kommanditgesellschaft auf Aktien geltenden Besonderheiten dargestellt sind.

Digitized by Google

δ. Die Aktien müssen grundsätzlich auf einen Betrag von mindestens 1000 Mk. gestellt werden (um das kleine Kapital von der fast stets mit Börsenspiel verbundenen Anlegung von Geldern in Aktien abzuhalten). Der Betrag darf jedoch bis auf 200 Mk. vermindert werden (sog. Kleinaktien):

a. für Namensaktien mit Genehmigung des Bundesrats, wenn deren Ausgabe erfolgt:

1) entweder für ein gemeinnütziges Unternehmen im Fall eines besonderen örtlichen Bedürfnisses

2) oder wenn für ein Unternehmen das Reich, ein Bundesstaat, ein Kommunalverband oder eine sonstige öffentliche Körperschaft auf die Aktien einen bestimmten Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat;

b. für vinkulierte Namensaktien, d. h. auf Namen lautende Aktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist (§ 180).

ε. Die Aktien dürfen zwar für einen höheren („über pari"), aber nicht für einen geringeren als den Nennbetrag („unter pari") ausgegeben werden (§ 184). Denn in letzterem Falle wäre das angegebene Grundkapital in Wahrheit nicht vorhanden.

ζ. Im Gesellschaftsvertrage können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte festgestellt werden (§ 185); zB. daß von dem Jahresgewinne Zahlungen zunächst auf gewisse Aktien (Stammprioritäten) und erst nach deren Befriedigung zu einem bestimmten Prozentsatz auf die nicht bevorrechteten Aktien (Stammaktien) zu leisten sind.

2. Entstehung.

α. Gründung.

Im Gegensatze zur offenen Handelsgesellschaft (S. 719) entsteht die AG. erst durch die Eintragung in das Handelsregister. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 200).

Digitized by Google

Gründung heißt der die Eintragung vorbereitende Vorgang. Der erste Schritt zur Gründung ist in allen Fällen der Abschluß des Gesellschaftsvertrags oder Statuts. Der Gesellschaftsvertrag muß von mindestens 5 Personen, welche Aktien übernehmen müssen, in gerichtlicher oder notarieller Form festgestellt werden und einen gewissen Mindestinhalt haben (Firma und Sitz der Gesellschaft, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien, Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands, Form der Berufung der Generalversammlung, sowie der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen, § 182).

Als Gründer der Gesellschaft bezeichnet § 187 die Aktionäre, die:

a. entweder den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder

b. andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen machen (nämlich die S. 731 zu besprechenden „Apports" und „Übernahmen").

β. Gründungsarten.

Die Gründung einer Aktiengesellschaft kann sich nun auf zwei Wegen vollziehen: entweder durch „Simultangründung" (Einheitsgründung) oder durch „Successivgründung" (Stufengründung).[8]) Unter gewissen Voraussetzungen ist die Gründung besonders erschwert (qualifizierte Gründung).

a. Simultangründung.[9])

1) Bei der Simultangründung übernehmen die Gründer bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrags oder

---

[8]) Wie das im Texte Folgende ergiebt, beziehen sich die Ausdrücke „simultan" und „successiv" nicht auf den Gründungsvorgang — denn auch die Simultangründung erfolgt in mehreren zeitlich aufeinander folgenden Abschnitten — sondern auf die Art der Übernahme der Aktien. Bei der Simultangründung werden die Aktien auf einmal (von den Gründern), bei der Successivgründung in mehreren Abschnitten (von den Gründern und den Zeichnern) übernommen.

[9]) **Gründungshergang:**

a. bei der Simultangründung:

1. Feststellung des Gesellschaftsvertrags und Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer.

Digitized by Google

in Nachtragsverhandlungen sämtliche Aktien. Damit gilt die Gesellschaft als „errichtet" (§ 188, d. h. im Verhältnisse der Gründer zu einander; als „entstanden", d. h. nach außen wirksam, gilt sie aber erst mit der Eintragung, s. o.).

2) Sodann bestellen die Gründer den ersten Aufsichtsrat und (regelmäßig durch diesen) den Vorstand (§ 190 Abs. 1, § 195 Abs. 2 Nr. 4).

3) Nunmehr zahlen die Gründer einen statutenmäßig bestimmten Teil der Einlage bar ein; und zwar müssen auf jede Aktie mindestens 25 % und bei einer Ausgabe „über pari" auch der Mehrbetrag eingezahlt werden (§ 195 Abs. 3).

4) Es folgt jetzt die Prüfung des Gründungshergangs. Diese erfolgt durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Gehört jedoch (was die Regel ist) ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zu den Gründern oder hat sich ein Mitglied einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung (Gründergewinn) ausbedungen oder kommen „Apporte" oder „Übernahmen" in Betracht (S. 731), so hat außerdem eine Prüfung durch mindestens zwei besondere Revisoren zu erfolgen. Die Revisoren werden durch das zur Vertretung

---

2. Wahl des Aufsichtsrats und des Vorstands.
3. Bareinzahlung.
4. Prüfung des Gründungshergangs.
5. Anmeldung zum Handelsregister.
6. Eintragung und Veröffentlichung;

b. bei der Successivgründung:

1. Feststellung des Gesellschaftsvertrags und teilweise Übernahme der Aktien durch die Gründer.
2. Zeichnung der Aktien.
3. Berufung einer Generalversammlung der Zeichner durch die Gründer zur Wahl des Aufsichtsrats und des Vorstands.
4. Bareinzahlung.
5. Prüfung des Gründungshergangs.
6. Anmeldung zum Handelsregister.
7. Konstituierende Generalversammlung vor dem Registerrichter.
8. Eintragung und Veröffentlichung.

Digitized by Google

des Handelsstands berufene Organ (Handelskammer, III, 219), in Ermangelung eines solchen durch das Registergericht bestellt (§ 192, FrG. § 145). Die Revisoren haben ein schriftliches Gründungsgutachten zu erstatten.

5) Alsdann ist die AG. bei dem Amtsgerichte (FrG. § 125), in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, von sämtlichen Gründern und Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung sind die sämtlichen den Gründungshergang betreffenden Urkunden beizufügen. Ferner ist die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie der eingeforderte Betrag bar eingezahlt und im Besitze des Vorstands ist (§ 195; vgl. § 202 über die civilrechtliche Haftbarkeit der Gründer für Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben und § 313 über die Bestrafung der Gründer, sowie der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder für wissentlich falsche Angaben; S. 733).

Bedarf der Gegenstand des Unternehmens staatlicher Genehmigung[10]) oder sind mit Genehmigung des Bundesrats Kleinaktien ausgegeben (S. 726), so ist die Genehmigungsurkunde beizufügen.

---

[10]) Nach Reichsrecht ist staatliche Genehmigung zB. vorgeschrieben im Hypothekenbankgesetze vom 13. Juli 1899 §§ 1, 2: „Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in der hypothekarischen Beleihung von Grundstücken und der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der erworbenen Hypotheken besteht (Hypothekenbanken), bedürfen zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebs der Genehmigung des Bundesrats. Ist in der Satzung einer Hypothekenbank bestimmt, daß die hypothekarischen Beleihungen nur im Gebiete desjenigen Bundesstaats erfolgen dürfen, in welchem die Bank ihren Sitz hat, so steht die Erteilung der Genehmigung der Zentralbehörde dieses Bundesstaats zu. Offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, eingetragenen Genossenschaften und einzelnen Personen ist der Betrieb eines Unternehmens dieser Art untersagt". Auch Aktiengesellschaften, die die Beförderung von Auswanderern nach außereuropäischen Ländern betreiben, bedürfen staatlicher Genehmigung (RG. über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897); vgl. oben S. 545[5] und S. 647.

Landesrechtlich sind zB. an staatliche Genehmigung geknüpft: Eisenbahnunternehmungen (Pr. Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 § 1) und Versicherungsgesellschaften (PrG. vom 17. Mai 1853).

Digitized by Google

6) Findet das Registergericht bei der ihm obliegenden Prüfung keinen Anstand, so trägt es die (erst hierdurch entstehende, S. 718) AG. in das Handelsregister ein und veröffentlicht die Eintragung (§§ 198, 199).

b. Successivgründung.

1) Bei der Successivgründung übernehmen die Gründer nicht alle Aktien (aber jeder mindestens eine, § 182); die von ihnen nicht übernommenen werden durch Zeichnung untergebracht, d. h. durch eine in zwei Exemplaren erfolgende schriftliche Erklärung (Zeichnungsschein) anderer Personen, daß sie sich durch Übernahme von Aktien eines bestimmten Betrags an der zu gründenden AG. beteiligen wollen (§ 189).[11]) Aber auch in diesem Falle haben die Gründer von vornherein den Gesellschaftsvertrag festzustellen.

2) Nach der Zeichnung des Grundkapitals haben die Gründer eine (erste) Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrats und des Vorstands (falls dieser nach dem Gesellschaftsvertrage durch die Generalversammlung zu bestellen ist) zu berufen (§ 190).

3) Alsdann erfolgt, wie bei der Simultangründung (S. 728), die teilweise Bareinzahlung des Grundkapitals, die Prüfung des Gründungshergangs und die Anmeldung zum Handelsregister. Der Anmeldung sind die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein Verzeichnis der Aktionäre beizufügen (§ 195[3]).

4) Das Amtsgericht, bei dem das Handelsregister geführt wird, beruft nunmehr eine (zweite, „konstituierende") Generalversammlung zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft. In der Versammlung, die unter Leitung des Registerrichters stattfindet, haben Vorstand und Aufsichtsrat

[11]) Durch die Teilnahme der Zeichner an der Entstehung der Gesellschaft und das Erfordernis einer besonderen konstituierenden Versammlung vor dem Registerrichter ist das Verfahren bei der Successivgründung schwerfälliger als bei der Simultangründung; thatsächlich wird daher die letztere Form fast stets angewandt. Die Gründer laden hierbei erst nach der Eintragung der AG. das große Publikum zur Teilnahme an der AG. ein, indem sie den von ihnen übernommenen Aktienbetrag „zur Subskription auflegen".

Digitized by Google

sich über die Ergebnisse der Prüfung des Gründungshergangs zu erklären. Alsdann wird über die Errichtung der Gesellschaft abgestimmt. Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertel aller in dem Verzeichnis aufgeführten Aktionäre umfassen; der Betrag ihrer Anteile muß mindestens ein Viertel des gesamten Grundkapitals darstellen. In gewissen Fällen ist die Zustimmung aller erschienenen Aktionäre erforderlich (§ 196).

5) Hat die „konstituierende Generalversammlung" die Gründung der AG. beschlossen, so ist damit erst die AG. „errichtet" (S. 728). Findet der Registerrichter keinen Anstand, so bewirkt er die Eintragung der AG. in das Handelsregister (in Preußen Abteilung B, III, 233[9]). Hiermit ist die AG. „entstanden". Endlich wird die Eintragung veröffentlicht.

c. Qualifizierte Gründung.

1) In einzelnen Fällen ist die Übervorteilung der Aktionäre durch die Gründer besonders leicht, und das HGB. hat (seit der Novelle von 1884) für diese Fälle besondere Schutzvorschriften getroffen. Solche „gefährliche" und daher besonderen Regeln unterstellte Abreden liegen vor:

wenn zu Gunsten einzelner Aktionäre besondere Vorteile bedungen werden (§ 186 Abs. 1);

wenn auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht werden, die nicht durch Barzahlung zu machen sind (sog. Apports oder Sacheinlagen), oder wenn vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden (sog. Übernahmen, § 186 Abs. 2);

wenn zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder Fremde eine Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird (sog. Gründungsaufwand; § 186 Abs. 3).

2) Alle diese „gefährlichen Abreden" sollen durchsichtig und offenkundig sein. Sie sind daher in den Gesellschaftsvertrag und in jeden Zeichnungsschein genau aufzunehmen, widrigenfalls sie ungültig sind (§§ 186, 189 Abs. 3

Digitized by Google

Nr. 1), und bei der Veröffentlichung der Eintragung bekannt zu machen (§ 199[1], S. 730); die darüber lautenden Urkunden sind ferner der Anmeldung zur Eintragung beizufügen (§ 195 Abs. 2 Nr. 2); vgl. auch § 186 Abs. 4.

3) Im Falle des Vorliegens von „Apports und Übernahmen" (§ 186 Abs. 2) gelten noch weitere die Gründung erschwerende Vorschriften. Das Gründungsgutachten ist hierbei unter Zuziehung von Revisoren zu erstatten (§ 192 Abs. 2) und muß sich auf Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Gründern gemachten Angaben erstrecken (§ 193 Abs. 1). Die Gründer haben vorher in einer schriftlichen Erklärung einen eingehenden Gründerbericht zu erstatten (§ 191).

b. Nachgründung.

Die für „Sacheinlagen und Übernahmen" getroffenen Schutzvorschriften könnten dadurch umgangen werden, daß die AG. zunächst gegründet wird und alsdann, also erst nach der Eintragung, der nunmehr zur Vertretung der AG. befugte Vorstand durch einfachen Vertrag gewisse Anlagen übernimmt. Um dies zu verhüten, bestimmt § 207 Abs. 1: „Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden". Der Generalversammlungsbeschluß, der auf Grund eines vom Aufsichtsrate zu erstattenden schriftlichen Berichts zu fassen ist, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Wird der Vertrag im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen, so müssen außerdem die Anteile der zustimmenden Mehrheit mindestens ein Viertel des gesamten Grundkapitals darstellen (§ 207 Abs. 3).

Digitized by Google

e. Verantwortlichkeit.

1) Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer gegenüber der Gesellschaft für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben ist im § 202 geordnet. § 203 bestimmt die gleiche Verantwortlichkeit der sog. Emissionshäuser, d. h. derjenigen, die vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren danach eine öffentliche Ankündigung der Aktien erlassen, um sie in den Verkehr einzuführen. Es handelt sich hierbei um die Haftung der Emissionshäuser gegenüber der Gesellschaft. Dagegen ist ihre Haftung gegenüber denjenigen, die auf Grund der Ankündigung Aktien erwerben, im Börsengesetze geordnet (unten § 156).

Nach § 204 haften die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats im Falle der Verabsäumung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns bei Prüfung des Gründungshergangs der Gesellschaft als Gesamtschuldner, soweit der Ersatz des Schadens von den Gründern und Emissionshäusern nicht zu erlangen ist.

2) Strafrechtlich sind die genannten Personen gemäß § 313 verantwortlich, wenn sie wissentlich falsche Angaben machen (Gefängnis bis zu 5 Jahren und zugleich Geldstrafe bis 20 000 Mk. — Höchstmaß der Geldstrafe — Zulässigkeit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte).

3. Rechtsverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter.

α. Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person; sie hat (wie das HGB. dies umschreibend ausdrückt, III, 177) als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht (§ 210).

β. Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt

Digitized by Google

(§ 211). Daneben kann den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden, sofern die Übertragung der Anteilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist (§ 212, Rübenaktien, vgl. III, 188[8]).

γ. Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn (§ 213). Ihre Anteile am Gewinne bestimmen sich im Zweifel nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge (§ 214). Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre weder bedungen noch ausgezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie verteilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergiebt. Für den Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebs erfordert, können den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden (§ 215, sog. Bauzinsen, oben S. 41). Hat der Aktionär gesetzwidrige Zahlungen erhalten, so ist er — u. zw. in diesem Fall unmittelbar den Gläubigern gegenüber — zur Rückzahlung verpflichtet; gutgläubig empfangene Dividenden und Zinsen braucht der Aktionär aber niemals zurückzuzahlen (§ 217).

δ. Ein Aktionär, der den auf die Aktie eingeforderten Betrag nicht rechtzeitig einzahlt, hat Verzugszinsen zu zahlen und kann in einem besonders geordneten „Kaduzierungsverfahren" seines Anteilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zu gunsten der Gesellschaft verlustig erklärt werden (§§ 218, 219). Soweit der ausgeschlossene Aktionär den eingeforderten Betrag nicht zahlt, ist dafür der Gesellschaft der letzte und jeder frühere in dem Aktienbuche verzeichnete Rechtsvorgänger verhaftet, ein früherer Rechtsvorgänger, soweit die Zahlung von dessen Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist (also sog. Staffelregreß, nicht wie beim Wechsel „Sprungregreß"). Der Rechtsvorgänger erhält gegen Zahlung des rückständigen Betrags die neu auszugebende Urkunde. Die Haftpflicht des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von zwei Jahren auf die Aktien eingeforderten Beträge beschränkt. Die Frist beginnt

Digitized by Google

mit dem Tage, an welchem die Übertragung des Anteilsrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft angemeldet wird. Ist die Zahlung des rückständigen Betrags von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, so kann die Gesellschaft das Anteilsrecht zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen (§ 220).

ε. Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen (§ 226; vergl. § 241 Abs. 3, 249 Abs. 3: Verantwortlichkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats).

4. Verfassung und Geschäftsführung.

Organe der AG. sind: der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Generalversammlung; ihre Verfassung wird in erster Linie durch den Gesellschaftsvertrag (im alten HGB. Statut genannt) bestimmt.

α. Der Vorstand.

a. Der Vorstand, der aus einer oder mehreren Personen, Aktionären oder Nichtaktionären, besteht, ist der gesetzliche Vertreter der AG. nach außen hin (§ 231). Die Vorstandsmitglieder sind nicht Handlungsgehülfen der AG.; sie unterstehen also nicht den §§ 59 ff. HGB. (S. 563), sondern den für Dienstverträge überhaupt geltenden §§ 611 ff. BGB. (S. 550). Nur gilt auch für sie das Konkurrenzverbot (§ 236; vgl. § 60 HGB., S. 564). Die Bestellung zum Vorstand ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung; auf den Widerruf kann auch nicht durch Vertrag verzichtet werden (§ 231 Abs. 3).

b. Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstands für die Gesellschaft, bedarf es der Mitwirkung sämtlicher Mitglieder des Vorstands, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist (§ 232). Der Vorstand hat in der Weise zu zeichnen, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstands ihre Namensunterschrift hinzufügen (§ 233).

Digitized by Google

c. Jede Änderung des Vorstands oder der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitglieds ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 234).

b. Der Vorstand ist zwar zunächst zur Wahrnehmung des Interesses der AG. und der Aktionäre berufen. Er soll aber auch das Interesse der Gesellschaftsgläubiger berücksichtigen. Er hat die erforderlichen Bücher zu führen (§ 239). Erreicht der Verlust, der sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, die Hälfte des Grundkapitals, so hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen. Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen; dasselbe gilt, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt (§ 240). Bei Verletzung dieser Pflichten wird der Vorstand nicht nur civilrechtlich den Gläubigern gegenüber verantwortlich (§ 241 Abs. 4), sondern er wird auch bestraft (HGB. §§ 315², 319, KO. § 244).

β. Der Aufsichtsrat.

a. Der Aufsichtsrat besteht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine höhere Zahl festsetzt, aus drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern. Die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, welche nach dem Ablauf eines Jahrs seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird. Später kann der Aufsichtsrat nicht für eine längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Generalversammlung gewählt werden, welche über die Bilanz für das vierte Geschäftsjahr nach der Ernennung beschließt (§ 243). Die Aufsichtsratsmitglieder können auch Nichtaktionäre sein, nicht aber Mitglieder des Vorstands oder Beamte der AG. (§ 248).

b. Der Aufsichtsrat ist ein „Kontrollorgan". Er hat

Digitized by Google

die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten (§ 246). Er ist ferner befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen die letzteren die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen. Handelt es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats, so kann dieser ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstands klagen (§ 247). Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind bei Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten civilrechtlich (§ 249) und strafrechtlich (§§ 312 ff.) verantwortlich.

c. Erhalten die Mitglieder des Aufsichtsrats für ihre Thätigkeit eine Vergütung, die in einem Anteil am Jahresgewinne besteht, so ist der Anteil von dem Reingewinne zu berechnen, welcher nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen, sowie nach Abzug eines für die Aktionäre bestimmten Betrags von mindestens vier vom Hundert des eingezahlten Grundkapitals verbleibt (§ 245).

Vgl. hierzu Reichsbeamtengesetz § 16 und PrG. vom 10. Juni 1874, wonach die zur Übernahme einer Aufsichtsratsstelle durch einen Beamten erforderliche Genehmigung der vorgesetzten Behörde nicht erteilt werden darf, wenn mit der Stelle unmittelbar oder mittelbar eine Vergütung verbunden ist (S. 600[18]).

γ. Die Generalversammlung.

a. Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, zustehen, werden durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt (§ 250). Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorge-

Digitized by Google

schrieben sind (§ 251).[12]) Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt (§ 252).

b. Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind (§ 253).[13])

c. Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung zu erfolgen (§ 255). Bei der Berufung soll der Zweck der Generalversammlung bekannt gemacht werden. Über Gegenstände, deren Verhandlung nicht ordnungsmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung angekündigt

---

[12]) Von dem hier ausgesprochenen Grundsatze wird im HGB. bisweilen abgewichen und entweder eine größere als die absolute Mehrheit verlangt- (zB. $^3/_4$ bei der Nachgründung, § 207, beim Widerrufe der Wahl in den Aufsichtsrat, § 243, bei der Statutenänderung, § 275) oder gewissen Minderheiten von Aktionären ein entscheidender Einfluß eingeräumt („Aktionär-Fraktionen", „Minoritätsrechte").

a. Eine Minderheit von $^1/_{10}$ des Grundkapitals kann durchsetzen:

1. die Vertagung der Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz im Falle der Bemängelung bestimmter Ansätze (§ 264);

2. die Ernennung von Revisoren durch das Gericht (§ 266);

3. die Erhebung von Schadensersatzklagen aus der Gründung gegen Gründer, Emmissionshäuser, Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats (§ 268).

b. Eine Minderheit von $^1/_{20}$ des Grundkapitals kann verlangen:

1. die Einberufung einer Generalversammlung (§ 254);

2. die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht (§ 295).

c. Jeder einzelne Aktionär kann unter gewissen Voraussetzungen einen Generalversammlungsbeschluß anfechten (S. 740).

[13]) Die Berufung erfolgt durch den Aufsichtsrat, falls dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist (§ 246), durch das Registergericht im Falle des § 196 (konstituierende Generalversammlung bei der Successivgründung, S. 730), durch vom Registergericht ermächtigte Aktionäre im Falle des § 254 (Anm. 12 b. 1.), falls dem Verlangen der Minderheit weder durch den Vorstand noch durch den Aufsichtsrat entsprochen wird.

Digitized by Google

ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden. Ist hierzu einfache Stimmenmehrheit nicht ausreichend, so muß die Ankündigung mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung erfolgen. Zur Beschlußfassung über den in der Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung, sowie zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht (§ 256). Jeder Beschluß der Generalversammlung bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll (§ 259).

b. Die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnverteilung sowie über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats. Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung, sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen (§ 260). Für die Aufstellung der Bilanz gelten besondere Vorschriften (§ 261), deren Übertretung strafbar ist (§ 314).

c. Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlusts ist ein Reservefonds zu bilden. In diesen ist einzustellen (§ 262):

1) mindestens 5% des jährlichen Reingewinns, so lange als der Reservefonds den zehnten oder den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Teil des Grundkapitals nicht überschreitet;

2) der durch Überpariausgabe der Aktien (S. 726) erzielte Betrag;

3) der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

Digitized by Google

f. Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags im Wege der Klage *angefochten* werden. Die Klage muß binnen eines Monats erhoben werden. Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstands der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei (§ 271).

1) Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrat vertreten (§ 272 Abs. 1).

2) Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden (§ 272 Abs. 2).

3) Das Gericht kann auf Verlangen anordnen, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachteile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist (§ 272 Abs. 3).[14])

4) Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urteil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Für einen durch un-

---

[14]) Nach dem alten HGB. Art. 190a, 222 (I, 389[96]) war das Verlangen der Sicherheitsleistung als *prozeßhindernde Einrede* geltend zu machen; d. h. die Beklagten mußten vor der Verhandlung zur Hauptsache die Sicherheit beanspruchen, widrigenfalls sie des Anspruchs verlustig gingen, konnten aber andererseits im Falle rechtzeitigen Verlangens die Verhandlung zur Hauptsache bis zur Leistung der Sicherheit verweigern. Dies gilt nach dem neuen HGB. nicht mehr. Die Beklagten können also das Verlangen in jedem Prozeßabschnitte stellen. Das Gericht hat dem Kläger, falls es die Sicherheitsleistung anordnet, eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Klage für zurückgenommen zu erklären ist (CPO. § 113).

Digitized by Google

begründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise (S. 114[4]) zur Last fällt, als Gesamtschuldner (§ 273).

5. Abänderungen des Gesellschaftvertrags (Statutenänderung).

α. Allgemeines.

a. Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden (§ 274), und zwar mangels anderweiter Bestimmung des Gesellschaftsvertrags durch eine Mehrheit, die mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Für eine Abänderung des Gegenstands des Unternehmens muß diese Mehrheit erreicht sein (§ 275).

b. Werden durch den Abänderungsbeschluß Vorrechte einzelner Gattungen von Aktionären (Prioritätsaktionäre, S. 726) betroffen, so müssen die benachteiligten Aktionäre dies in gesonderter Abstimmung mit Dreiviertelmehrheit beschließen (§ 275 Abs. 3). Eine nachträgliche Verpflichtung der Aktionäre zu Sachleistungen (§ 212, S. 734) kann, sofern sie nicht in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämtlicher von der Verpflichtung betroffener Aktionäre begründet werden (§ 276).

c. Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und wird erst durch die Eintragung wirksam (§ 277).

β. Erhöhung des Grundkapitals.

a. Eine Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien soll nicht vor der vollen Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen. Für Versicherungsgesellschaften kann im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt werden (§ 278).

b. Wird auf das erhöhte Grundkapital eine Einlage gemacht, die nicht durch Barzahlung zu leisten ist, oder wird auf eine Einlage eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet, welche die Gesellschaft übernimmt,

Digitized by Google

so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Übernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden (§ 279). Es handelt sich hier um Nachgründungen (S. 732), die *später* als 2 Jahre seit Eintragung der AG. erfolgen.

c. Die Erhöhung des Grundkapitals hat den Zweck, der AG. neue Barmittel zuzuführen[15]). Sie erfolgt durch Ausgabe von neuen („jungen") Aktien im Wege der Auflegung zur Zeichnung. Die alten Aktionäre haben ein Recht (aber keine Pflicht) zum „*Bezuge*" der neuen Aktien nach Maßgabe ihres Anteils am bisherigen Grundkapital (§ 282).

b. Die Erhöhung ist zum Handelsregister anzumelden (§ 284); erst nach der Eintragung dürfen Aktien und Interimsscheine auf das erhöhte Kapital ausgegeben werden (§ 287).

γ. Herabsetzung des Grundkapitals.

a. Die Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt entweder, um die AG. von überflüssigem Betriebskapital zu entlasten (zB. bei Terraingesellschaften, wenn ein größerer Teil verkauft ist) oder zwecks endgültiger „Abschreibung" uneinbringlicher Verluste (um zu verhindern, daß die Bilanz der AG., bei der das Grundkapital unter „Passiva" einzustellen ist, ständig mit Verlust abschließt).

Die Herabsetzung wird ausgeführt: entweder durch Herabsetzung des *Nennbetrags* (aber nicht unter den Minimalsatz von 1000 oder 200 Mk. für die Aktie, S. 726)

---

[15]) Die Zuführung neuen Kapitals kann auch durch Aufnahme einer öffentlichen Anleihe erreicht werden. Die Anteilscheine pflegen als „*Prioritäten*" oder Prioritätsobligationen bezeichnet zu werden. Ihre Inhaber sind Gläubiger der AG., die einen festen Zinssatz zu beanspruchen haben. Dagegen sind die Inhaber der „*Prioritätsaktien*" (S. 726) Mitglieder der AG., welche nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung vor den übrigen Aktionären aus dem etwa erzielten Gewinne haben.

Digitized by Google

oder durch Einziehung, d. h. durch Verminderung der Zahl der Aktien. In letzterem Falle kann die Zahl der Aktien vermindert werden: entweder durch Umtausch, (Konversion, zB. jeder Aktionär erhält für drei zurückzugebende zwei neue Aktien) oder durch Auslosung oder freihändigen Ankauf[16]) der Aktien („Amortisation").

b. Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (§ 288). Der Herabsetzungsbeschluß ist zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Alsdann hat der Vorstand die Gläubiger der AG. zur Geltendmachung ihrer Ansprüche öffentlich aufzufordern. Rückzahlungen des Kapitals an die Aktionäre dürfen erst ein Jahr (Sperrjahr, S. 744) nach der dritten öffentlichen Aufforderung und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der angemeldeten Gläubiger erfolgen (§ 289). Die erfolgte Herabsetzung ist alsdann ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 291).

6. Auflösung und Nichtigkeit.

α. Auflösung.

a. Die AG. wird aufgelöst (§ 292):

1) durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;

2) durch Beschluß der Generalversammlung; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt;

3) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft; vgl. AGHGB. Art. 4, S. 768.

---

[16]) Hierin liegt eine Abweichung von dem Grundsatze des § 226, daß eine AG. eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen soll. Die Einziehung (Amortisation) von Aktien kann nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist (§ 227).

Digitized by Google

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkurses (vgl. I, 664) durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 293). Über den Konkurs der AG. vgl. I, 680.

b. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist (§ 294). Die AG. gilt für die Zwecke der Liquidation bis zu deren Beendigung als fortbestehend. Liquidatoren sind mangels anderweiter Bestimmung durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Generalversammlungsbeschluß die Mitglieder des Vorstands. Auf Antrag des Aufsichtsrats oder von Aktionären, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren und deren Abberufung durch das Registergericht (FrG. § 145) erfolgen (§ 295).

c. Die Liquidatoren haben unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden (§ 297). Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre verteilt (§ 300), die Verteilung darf jedoch erst erfolgen, wenn seit der dritten öffentlichen Aufforderung ein Jahr (das sog. Sperrjahr) verstrichen ist (§ 301).

d. Ist die Liquidation beendigt und die Schlußrechnung gelegt, so haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 302).

β. Veräußerung des Gesamtvermögens.

a. Eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen ist nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zulässig. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Der Beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war (§ 303).

b. In zwei Fällen einer solchen Vermögensübertragung

Digitized by Google

ist eine Liquidation nicht erforderlich, nämlich wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reich, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen wird (§ 304, Verstaatlichung, zB. einer Privatbahn), und ferner, wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen wird (§ 305, sog. Fusion). In ersterem Falle gilt mit der Eintragung des die Verstaatlichung genehmigenden Generalversammlungsbeschlusses der Übergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt, die Firma der AG. erlischt (§ 304 Abs. 5). Bei der Fusion werden dagegen die Vermögensmassen der beiden Gesellschaften von einander gesondert gehalten, bis das Sperrjahr verstrichen ist und die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind (§ 305).

γ. Nichtigkeit der Aktiengesellschaft.

a. Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 (S. 727) wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde (§ 309). Die Nichtigkeit ist in das Handelsregister einzutragen. Zum Zwecke der Abwickelung der Verhältnisse der Gesellschaft finden die für den Fall der Auflösung einer AG. geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 311).

b. Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstands, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, kann durch einen den Vorschriften des HGB. über eine Änderung des Gesellschaftsvertrags entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden (§ 310).

c. Die Löschung einer AG. als nichtig kann auch von Amtswegen erfolgen; vgl. FrG. § 144.

Digitized by Google

e. Kommanditgesellschaft auf Aktien (HGB. Buch II Abschnitt 4 §§ 320—334).[17])

1. Begriff.

α. Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien („AKG.") ist vorhanden, wenn mindestens ein Gesellschafter („persönlich haftender Gesellschafter") den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet, während die übrigen („Kommanditisten") sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligen (§ 320 Abs. 1).

β. Die AKG. unterscheidet sich hiernach von der einfachen Kommanditgesellschaft lediglich dadurch, daß das Grundkapital in Aktien zerlegt ist. Daher bestimmt sich das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten, sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung

---

[17]) Im alten HGB. war die AKG. an erster Stelle als Abart der KG. geregelt: gewissermaßen nur anhangsweise zu ihr war die AG. geordnet. Dies ist im neuen HGB. umgekehrt: die AKG. ist als Abart der Aktiengesellschaft behandelt (S. 725[7]). Auch sonst sind die für die AKG. gegebenen Vorschriften des HGB. in wichtigen Punkten geändert.

a. Nach altem HGB. war bei der AKG. die Simultangründung unmöglich, weil die Kommanditisten nicht Gründer sein konnten: jetzt ist dies zulässig (§ 321). Es sind also für die AKG. beide Gründungsformen möglich.

b. Nach altem HGB. Art. 174a., 180 h., 181 mußten die Einlagen der Komplementare mindestens $^1/_{10}$ des Grundkapitals der Kommanditisten und, soweit dieses über 3 Mill. Mk. war, $^1/_{50}$ des Überschusses betragen. Die Komplementare konnten ferner die ihnen auf solche Anteile zustehenden Einlagen nur an andere Komplementare veräußern. Das ist im neuen HGB. beseitigt; nach neuem HGB. braucht sich ein persönlich haftender Gesellschafter also überhaupt nicht mehr mit einer Einlage zu beteiligen.

c. Die Firma war nach altem HGB. Art. 17 wie für eine KG., ist dagegen nach neuem HGB. § 20 wie für eine AG. zu bilden; sie muß also den Zusatz enthalten „Kommanditgesellschaft auf Aktien", braucht aber keinen Personennamen mehr aufzuweisen.

d. Nach altem HGB. Art. 197 Abs. 2 durften Bauzinsen (S. 734) für die Kommanditisten nicht bedungen werden. Nach neuem HGB. steht die AKG. hierin der AG. gleich.

Digitized by Google

und zur Vertretung der Gesellschaft, nach den für die Kommanditgesellschaften geltenden Vorschriften. Im übrigen gelten, von den nachstehend aufgeführten Besonderheiten abgesehen, die für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften. Nur nehmen bei der AKG. die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementare) die Stelle des Vorstands ein (§ 320 Abs. 2, 3).

2. Besonderheiten.

α. Die Komplementare treten, wie erwähnt, an die Stelle des Vorstands der AG. Jedoch sind sie von Rechts wegen, nicht wie der Vorstand auf Grund einer Wahl, zur Vertretung der AKG. befugt, und diese Befugnis kann ihnen daher auch nicht durch Beschluß des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung entzogen werden. Jeder Komplementar ist ferner, wie bei der OHG. und der KG., grundsätzlich zur Alleinvertretung befugt (§§ 320 Abs. 2, 125, 161 Abs. 2), während der Vorstand der AG. grundsätzlich nur gemeinschaftlich (zur gesamten Hand) handeln darf (§ 232).

β. In der Generalversammlung haben die persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn sie Aktien besitzen, kein Stimmrecht. Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist (§ 327).

γ. Hinsichtlich der Auflösung der AKG. kommen die Vorschriften für die KG. zur Anwendung. Jedoch hat die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge, und die Gläubiger eines Kommanditisten sind nicht berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen (§ 330).

δ. Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann durch Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Die Anteile der der Umwandelung zu-

Digitized by Google

stimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen mindestens ein Viertel des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Teils des Grundkapitals darstellen (§ 332).

f. Stille Gesellschaft (HGB. Buch II Abschnitt 5 §§ 335—342).

1. Begriff.

Eine stille Gesellschaft liegt vor, wenn sich jemand an dem von einem Anderen (Geschäftsinhaber, der auch ein Minderkaufmann sein kann) betriebenen Handelsgewerbe mit einer Vermögenseinlage gegen Gewinn und Verlust beteiligt (§ 335).

Die stille Gesellschaft unterscheidet sich:

α. von der Kommanditgesellschaft: dadurch, daß nach außen hin das Vorhandensein einer Gesellschaft überhaupt nicht hervortritt (daher „stille Gesellschaft"), insbesondere keine Eintragung in das Handelsregister erfolgt, die Firma keinen ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz[18]) enthalten darf (§ 18), auch von einem eigentlichen Gesellschaftsvermögen und von einem Handeln namens der Gesellschaft keine Rede ist;

β. vom Darlehen: durch die Beteiligung am Betriebsergebnisse (daher immerhin „Gesellschaft"). Dies zeigt sich besonders im Konkurse des Geschäftsinhabers (S. 709).

2. Innenverhältnis.

Das Verhältnis des Geschäftsinhabers zum stillen Gesellschafter richtet sich nach den Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft. Es gelten jedoch einige Besonderheiten:

α. Der stille Gesellschafter hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht (§ 335 Abs. 1).

---

[18]) Nach altem HGB. Art. 257 haftete der stille Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten war, den Geschäftsgläubigern wie ein offener Gesellschafter. Dies ist in das neue HGB. nicht übernommen (S. 722[6]).

Digitized by Google

β. Ist der Anteil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen. Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter nicht am Verluste beteiligt sein soll; seine Beteiligung am Gewinne kann nicht ausgeschlossen werden (§ 336).

γ. Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt. Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil (S. 750). Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlusts verwendet (§ 337).

δ. Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen (§ 338).

ε. Nach der Auflösung der Gesellschaft — die aber infolge des Todes des stillen Gesellschafters nicht eintritt, § 339 Abs. 2 — hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen. Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt Teil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergiebt (§ 340).

3. Außenverhältnis.

Die stille Gesellschaft tritt nach außen hin, wie erwähnt, überhaupt nicht hervor. Der Inhaber wird aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet (§ 335 Abs. 2). Hiervon wird nur für den Fall abgewichen, daß über das Vermögen des Geschäftsinhabers Konkurs eröffnet wird.

α. In diesem Falle kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden

Digitized by Google

Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen (§ 341 Abs. 1).

β. Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter bis zu dem Betrage, der zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen (§ 341 Abs. 2).[19])

γ. Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind (§ 342).

g. Die Rhederei (HGB. Buch IV Abschnitt 2 §§ 484—509).

1. Eine Rhederei liegt vor, wenn von mehreren Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum

---

[19]) ZB. A. beteiligt sich an B.s Geschäft als stiller Gesellschafter mit einer Einlage von 10 000 Mk. und gegen eine Beteiligung von 10% an Gewinn und Verlust. B. verfällt in Konkurs. Der Verlust beträgt 50 000 Mk.

a. Hat A. seine ganze Einlage bereits eingezahlt, so kann er in B.s Konkurse 5000 Mk. als den seinen Verlustanteil übersteigenden Betrag als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen. Als Darlehensgläubiger könnte er die ganzen 10 000 Mk., als Kommanditist überhaupt nichts anmelden.

b. Hat A. auf seine Einlage erst 2000 Mk. eingezahlt, dann muß er noch 3000 Mk. dazu zahlen, nicht aber auch die weiteren 5000 Mk. Seine Einlagepflicht ist insoweit durch die infolge des Konkurses eintretende Auflösung der Gesellschaft erloschen. Gegen seine Einzahlungspflicht wird gewissermaßen sein gleichzeitig entstehender Rückforderungsanspruch in Anwendung der §§ 53 ff. KO. (I, 623) aufgerechnet.

Wäre A. nicht als stiller Gesellschafter, sondern aus einem Darlehnsgewährungsvertrage zur Zahlung der 10000 Mk. verpflichtet, dann brauchte er gemäß BGB. § 610 (S. 532) nichts mehr einzuzahlen, wäre er Kommanditist, so müßte er nach HGB. § 171 (S. 723) die ganzen noch rückständigen 8000 Mk. zur Konkursmasse zahlen.

Digitized by Google

Erwerbe durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendet wird (§ 489). Die Anteile der einzelnen Teilhaber (Mitrheder) heißen Schiffsparten. Baurhederei ist die Vereinigung mehrerer Personen, die die Erbauung eines Schiffs und seine demnächstige Verwendung zur Seefahrt bezweckt (§ 509).

2. Die Rhederei ist keine juristische Person, aber eine Gemeinschaft zur gesamten Hand mit einer gewissen Selbständigkeit des Rhedereivermögens. Sie wird zwar unter einem bestimmten Namen (regelmäßig dem des Schiffs) betrieben, hat aber keine der Eintragung in das Handelsregister bedürfende Firma. Sie ist auch nicht parteifähig, bei Klagen bedarf es daher der Aufführung aller Mitrheder. Beschlüsse namens der Rhederei werden nach Schiffsparten gefaßt, wobei die Mehrheit entscheidet (§ 491).

3. Durch Beschluß der Mehrheit kann für den Rhedereibetrieb ein Korrespondentrheder (Schiffsdirektor, Schiffsdisponent) bestellt werden. Zur Bestellung eines Korrespondentrhebers, der nicht zu den Mitrhedern gehört, ist ein einstimmiger Beschluß erforderlich. Die Bestellung des Korrespondentrhebers kann zu jeder Zeit durch Stimmenmehrheit widerrufen werden, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung (§ 492).

Der Korrespondentrheder ist kraft seiner Bestellung befugt, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Geschäftsbetrieb einer Rhederei gewöhnlich mit sich bringt (§ 493 Abs. 1). Dagegen ist er mangels besonderer Vollmacht nicht befugt, im Namen der Rhederei oder einzelner Mitrheder Wechselverbindlichkeiten einzugehen oder Darlehen aufzunehmen, das Schiff oder Schiffsparten zu verkaufen oder zu verpfänden, sowie für das Schiff oder Schiffsparten Versicherung zu nehmen (§ 493 Abs. 5). Die gesetzliche Vertretungsmacht des Korrespondentrhebers kann (anders als die Prokura, § 50, aber ebenso wie die Handlungsvollmacht, § 54 Abs. 3) vertragsmäßig beschränkt werden. Jedoch gelten derartige Beschränkungen Dritten gegenüber nur, wenn diese sie gekannt haben (§ 495).

4. Im Gegensatze zu den sonstigen Gesellschaften des

Digitized by Google

Handelsrechts ist jeder Mitreder über den Betrag seiner Einlage hinaus zu Zubußen zwecks Bestreitung der Ausgaben der Rhederei, insbesondere für die Ausrüstung und Reparatur des Schiffs, verpflichtet. Wenn jedoch eine neue Reise oder wenn nach der Beendigung einer Reise die Reparatur des Schiffs oder wenn die Befriedigung eines Gläubigers beschlossen worden ist, dem die Rhederei nur mit Schiff und Fracht haftet, so kann jeder Mitreder, welcher dem Beschlusse nicht zugestimmt hat, sich von der Leistung der zur Ausführung des Beschlusses erforderlichen Einzahlungen dadurch befreien, daß er seine Schiffspart ohne Anspruch auf Entgelt aufgiebt („abandonniert"). Die aufgegebene Schiffspart fällt den übrigen Mitgliedern nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Schiffsparten zu (§ 501).

5. Die Verteilung des Gewinns und Verlusts geschieht nach der Größe der Schiffsparten und seine Berechnung und Auszahlung nach der Beendigung jeder Reise (§ 502).

6. Jeder Mitreder kann seine Schiffspart jederzeit und ohne Einwilligung der übrigen Mitreder ganz oder teilweise veräußern. Jedoch bedarf die Veräußerung einer Schiffspart an einen Ausländer der Zustimmung aller Mitreder (§ 503), da das Schiff dadurch der Berechtigung zur Führung der Reichsflagge und damit der Eintragung in das Schiffsregister verlustig geht (RG. betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899 §§ 2, 13).

7. Eine Änderung in den Personen der Mitreder ist ohne Einfluß auf den Fortbestand der Rhederei. Stirbt ein Mitreder oder wird der Konkurs über das Vermögen eines Mitreders eröffnet, so hat dies die Auflösung der Rhederei nicht zur Folge. Eine Aufkündigung von seiten des Mitreders oder eine Ausschließung eines Mitreders findet nicht statt (§ 505).

8. Die Mitreder haften Dritten wie ein einzelner Rheder, teils nur mit dem Schiffsvermögen, d. h. mit Schiff und Fracht (der „fortune de mer", so in den Fällen des § 486), teils auch darüber hinaus mit dem Landvermögen (der fortune de terre). Tritt diese persönliche Haftung ein (wie zB. für die Heuer, § 487), so haften die Mit-

Digitized by Google

rheber den Dritten unmittelbar und von vornherein, gleich offenen Gesellschaftern, aber nicht, wie diese, jeder aufs Ganze (als Gesamtschuldner), sondern jeder nur nach Verhältnis der Größe seiner Schiffspart (§ 507); vgl. S. 716[3].

h. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RG. vom 20. April 1892, Neufassung vom 20. Mai 1898 auf Grund der Art. 11, 13 EGHGB.).

1. Begriff.

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Handelsgesellschaft, für deren Schulden jeder Gesellschafter nur der Gesellschaft und nur in einer von vornherein beschränkten Höhe haftet.[20])

---

[20]) Bis zum RG. vom 20. April 1892 gab es in Deutschland nur zwei Arten von Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftpflicht aller Gesellschafter: die Aktiengesellschaft und die Eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht. Bei der ersteren tritt die Haftpflicht den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur mittelbar, bei der Eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht unmittelbar (wenn auch erst subsidiär, S. 716) ein. Das moderne Wirtschaftsleben verlangte nun für viele Gewerbszwecke (Fortsetzung einer Fabrik durch mehrere Erben des Besitzers, Kolonialgesellschaften, gemeinnützige Gesellschaften) eine Gesellschaftsform mit „beschränktem Risiko" der Gesellschafter, bei der einerseits die für die Aktiengesellschaft zur Verhütung unsolider Gründungen vorgeschriebenen Schutzvorschriften (S. 725[7]) erleichtert, andererseits jede unmittelbare Haftung der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber ausgeschlossen ist. Zu diesem Zwecke wurde die „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" geschaffen. Sie ist, wie die Begriffsbestimmung zeigt, insofern begrifflich nur eine Abart der Aktiengesellschaft, als, wie bei dieser, jeder Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden nur der Gesellschaft (also nur „mittelbar" ihren Gläubigern) und nur in einer von vornherein beschränkten Höhe haftet. Im einzelnen finden sich viele Abweichungen. Diese lassen sich auf folgende Grundgedanken zurückführen:

a. Die Aktiengesellschaft ist die Gesellschaftsform für große gewerbliche Unternehmungen, die eines erheblichen, von einzelnen nicht zu beschaffenden Kapitals bedürfen und bei denen daher eine Beteiligung des großen Publikums erstrebt wird. Da dieses nun aber im wesentlichen auf die von den Gründern und Leitern der Aktiengesellschaft gemachten Mitteilungen angewiesen ist und eine persönliche Beteiligung der Aktionäre an der Geschäftsleitung, von der Generalversammlung abgesehen, unmöglich ist, so muß der Gesetzgeber durch

Digitized by Google

2. Errichtung der Gesellschaft.

α. Der Gesellschaftsvertrag muß von allen Gesellschaftern notariell oder gerichtlich abgeschlossen werden (§ 2) und enthalten:

a. die Firma und den Sitz der Gesellschaft,

b. den Gegenstand des Unternehmens,

c. den Betrag des Stammkapitals,

d. den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage, § 3).

---

eine besondere Beaufsichtigung und Bevormundung der Aktiengesellschaft (S. 725[7]) die Aktionäre gegen Ausbeutung so weit als möglich zu schützen versuchen. Andererseits muß die Übertragbarkeit der Aktien erleichtert werden, soll nicht das Publikum von der Beteiligung abgeschreckt werden. Denn der Kapitalist wird in vielen Fällen nur dann geneigt sein, sich an einem Aktienunternehmen zu beteiligen, wenn er weiß, daß er gegebenen Falls seinen Aktienbesitz (besonders durch Verkauf an der Börse) ohne weitere Förmlichkeiten wieder in Geld umsetzen kann.

b. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist dagegen für gewerbliche Unternehmungen geringeren Umfangs bestimmt, mit einer beschränkten Zahl von Gesellschaftern, die grundsätzlich dauernde Mitglieder der Gesellschaft bleiben wollen. Ihr Geschäftsbetrieb ist durchsichtiger, als der der Aktiengesellschaft, bedarf also in geringerem Maße der Bevormundung durch den Gesetzgeber; daher ist die Gründung vereinfacht (S. 754), die G. m. b. H. bedarf keines Aufsichtsrats und keiner Revisoren (S. 759), die Generalversammlungsbeschlüsse bedürfen keiner Form (S. 758). Andererseits sollen die Geschäftsanteile nicht Gegenstand der Spekulation, besonders des Börsenhandels werden. Ihre Veräußerung ist daher erschwert (S. 756).

c. Ein praktisch wichtiger Unterschied zwischen AG. und G. m. b. H. liegt übrigens auch darin, daß bei letzterer eine Nachschußpflicht bestehen kann (S. 757) und daß Stammeinlagen, die von dem eigentlich zahlungspflichtigen Gesellschafter nicht eingezogen werden können, von den übrigen Gesellschaftern zu decken sind, während bei der AG. die Verpflichtung des Aktionärs — von Sachleistungen abgesehen, S. 734 — immer durch den Nennbetrag der Aktie (und eines etwaigen Ausgabeagios, S. 733) begrenzt wird, also stets der Summe nach von vornherein feststeht.

Sprachlich unterscheiden sich AG. und G. m. b. H. dadurch, daß an die Stelle der Ausdrücke Aktionär, Aktie, Grundkapital, Vorstand, Generalversammlung die Ausdrücke Gesellschafter, Geschäftsanteil, Stammkapital, Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung gesetzt sind.

Digitized by Google

β. Die Firma der Gesellschaft muß entweder von dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein (Sachfirma), oder die Namen der Gesellschafter oder den Namen wenigstens eines derselben mit einem das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses andeutenden Zusatz enthalten. Die Namen anderer Personen als der Gesellschafter dürfen in die Firma nicht aufgenommen werden, sie muß aber in allen Fällen die zusätzliche Bezeichnung „mit beschränkter Haftung" enthalten (§ 4).

γ. Das Stammkapital der Gesellschaft muß mindestens 20 000 Mark, die Stammeinlage jedes Gesellschafters muß mindestens 500 Mark betragen. Kein Gesellschafter kann bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Stammeinlagen übernehmen. Der Betrag der Stammeinlage kann jedoch für die einzelnen Gesellschafter verschieden bestimmt werden. Derselbe muß in Mark durch Hundert teilbar sein. Sollen von Gesellschaftern Einlagen, welche nicht in Geld zu leisten sind, auf das Stammkapital gemacht oder soll die Vergütung für Vermögensgegenstände, welche die Gesellschaft übernimmt, auf Stammeinlagen angerechnet werden, so muß die Person des Gesellschafters, der Gegenstand der Einlage oder Übernahme, sowie der Geldwert, für welchen die Einlage angenommen wird, oder die für die übernommenen Gegenstände zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden (§ 5). Sonstige Besonderheiten, wie bei der AG. (S. 731), werden durch derartige „verdächtige Geschäfte" nicht bedingt.

δ. Die Gesellschaft muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Zu Geschäftsführern können Gesellschafter oder andere Personen bestellt werden (§ 6).

ε. Die Gesellschaft entsteht erst durch die Eintragung in das Handelsregister, vor der Anmeldung muß auf jede Stammeinlage $^1/_4$, mindestens der Betrag von 250 Mark eingezahlt sein (§§ 7, 11).

3. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

α. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigen-

Digitized by Google

tum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen; sie ist also eine juristische Person. Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des HGB. (§ 13, vgl. S. 718).

β. Der Geschäftsanteil jedes Gesellschafters bestimmt sich nach dem Betrage der von ihm übernommenen Stammeinlage (§ 14).

γ. Die Geschäftsanteile sind veräußerlich und vererblich. Erwirbt ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteile weitere Geschäftsanteile, so behalten dieselben ihre Selbständigkeit. Die Abtretung von Geschäftsanteilen bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form und zwar sowohl der (dingliche, S. 305) Abtretungsvertrag als der (obligatorische) Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Abtretung begründet wird (also das pactum de cedendo). Die in gehöriger Form bewirkte Abtretung macht jedoch (ähnlich wie die Auflassung, BGB. § 313 Satz 2) den formlosen Verpflichtungsvertrag rechtsverbindlich. Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (§ 15). Die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils kann nur mit schriftlicher Genehmigung der Gesellschaft stattfinden (§ 17).

δ. Im Falle verzögerter Einzahlung auf die Stammeinlage findet, ähnlich wie bei der AG. (S. 734), ein Kaduzierungsverfahren statt (§§ 19 ff.). Soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen, noch durch den Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt (§ 24); also eine Art „gesetzlicher Bürgschaft".

ε. Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschafter über den Betrag der Stammeinlagen

Digitized by Google

hinaus die Einforderung von weiteren Einzahlungen (Nachschüssen) beschließen können. Die Einzahlung der Nachschüsse hat nach Verhältnis der Geschäftsanteile zu erfolgen. Die Nachschußpflicht kann im Gesellschaftsvertrag auf einen bestimmten, nach Verhältnis der Geschäftsanteile festzusetzenden Betrag beschränkt werden (§ 26).[21]) Ist dies nicht geschehen, so hat jeder Gesellschafter das Recht, sich von der Zahlung des auf den Geschäftsanteil eingeforderten Nachschusses dadurch zu befreien, daß er innerhalb eines Monats nach der Aufforderung zur Einzahlung den Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Befriedigung aus demselben zur Verfügung stellt (§ 27). Ist die Nachschußpflicht dagegen auf einen bestimmten Betrag beschränkt, so findet, wie im Falle verzögerter Einzahlung auf die Stammeinlage, das Kaduzierungsverfahren statt. In diesem Falle wird der säumige Gesellschafter seines Anteils zu Gunsten der Gesellschaft verlustig (§ 28), während im Falle des § 27 der Geschäftsanteil öffentlich versteigert wird und ein nach Deckung der Verkaufskosten und des rückständigen Nachschusses verbleibender Überschuß dem Gesellschafter gebührt.

ζ. Die Verteilung des nach der Jahresbilanz sich ergebenden Gewinns erfolgt mangels anderweiter Bestimmung im Gesellschaftsvertrag alljährlich und nach Verhältnis der Geschäftsanteile (§ 29).

η. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlusts am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Rückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei

---

[21]) Diese Nachschußpflicht beruht also nicht, wie bei der Eingetr. Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht (S. 763), auf dem Gesetze, sondern auf einer besonderen Vorschrift des Gesellschaftsvertrags und besteht ferner nicht den Gläubigern, sondern nur der Gesellschaft gegenüber. Verfällt eine G. m. b. H. in Konkurs, bevor der Beschluß über Einforderung von Nachschüssen gefaßt ist, so können die Gesellschafter nicht zu Nachschüssen herangezogen werden.

Digitized by Google

Monaten seit Veröffentlichung des Rückzahlungsbeschlusses erfolgen (§ 30). Hiergegen verstoßende Zahlungen müssen der Gesellschaft erstattet werden und zwar, soweit sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind, selbst dann, wenn sie in gutem Glauben als Gewinnanteile empfangen waren (§§ 31 ff., anders bei der Aktiengesellschaft, S. 734).

4. Vertretung und Geschäftsführung.

α. Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten und zwar mangels anderweiter Bestimmung durch sämtliche Geschäftsführer gemeinschaftlich; nur genügt bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen die Abgabe einem der Geschäftsführer gegenüber (§ 35).

Die Gesellschaft wird durch die in ihrem Namen von den Geschäftsführern vorgenommenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet (§ 36). Der Gesellschaftsvertrag kann die Vertretungsbefugnis beschränken, aber ohne Wirkung gegen Dritte (§ 37).

Alljährlich im Monat Januar haben die Geschäftsführer eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Stand und Wohnort der letzteren, sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, zum Handelsregister einzureichen (§ 40).

β. Die Gesellschafter üben die ihnen in Bezug auf die Führung der Geschäfte zustehenden Rechte durch Beschlüsse aus, bei denen — mangels anderer Regelung im Gesellschaftsvertrage — die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet und jede 100 Mk. eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren (§ 47). Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefaßt. Der Abhaltung einer Versammlung bedarf es nicht, wenn sämtliche Gesellschafter schriftlich mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen sich einverstanden erklären (§ 48). Die Versammlung der Gesellschafter wird durch die Geschäftsführer berufen. Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens

Digitized by Google

dem zehnten Teile des Stammkapitals entsprechen, sind berechtigt, unter Angabe des Zwecks und der Gründe die Berufung der Versammlung zu verlangen und im Notfalle die Berufung selbst zu bewirken (§ 50).

γ. Ein Aufsichtsrat kann bestellt werden, erforderlich ist dies jedoch nicht (§ 52).

5. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

α. Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch Beschluß der Gesellschafter erfolgen. Der Beschluß muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden, derselbe bedarf einer Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen. Eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen kann nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden (§ 53). Die Statutenänderung wird erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister rechtswirksam (§ 54).

β. Wird eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, so bedarf es zur Übernahme jeder auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage einer gerichtlich oder notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers. Zur Übernahme einer Stammeinlage können von der Gesellschaft die bisherigen Gesellschafter oder andere Personen, welche durch die Übernahme ihren Beitritt zu der Gesellschaft erklären, zugelassen werden (§ 55).

γ. Die Herabsetzung des Stammkapitals unterliegt besonderen, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger getroffenen Vorschriften. Insbesondere darf die Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister nicht vor Ablauf eines Jahrs (Sperrjahr, S. 744) seit der dritten öffentlichen Aufforderung der Gläubiger, sich zu melden, erfolgen, und es muß der Anmeldung die Versicherung der Geschäftsführer beigefügt werden, daß die bekannten Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind (§ 58).

6. Auflösung.

α. Die G. m. b. H. wird aufgelöst (§ 60):

Digitized by Google

a. durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;

b. durch Beschluß der Gesellschafter; derselbe bedarf, sofern im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes bestimmt ist, einer Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen;

c. durch gerichtliches Urteil, wenn die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, oder wenn andere, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind (§ 61).

d. durch Entscheidung des Verwaltungsgerichts, wenn eine Gesellschaft das Gemeinwohl dadurch gefährdet, daß die Gesellschafter gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen (§ 62);

e. durch die Eröffnung des Konkursverfahrens; wird das Verfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Konkursgrund ist außer Zahlungsunfähigkeit auch Überschuldung (§ 63, vgl. die Strafvorschrift in § 84; I, 632[12]). Die Geschäftsführer haben die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz sich Überschuldung ergiebt, und die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz aller nach diesem Zeitpunkte geleisteten Zahlungen verpflichtet (§ 64).

β. Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkurses — in diesem Fall erfolgt die Nachricht durch den Gerichtsschreiber des Konkursgerichts, KO. § 112, I, 664 — durch die Geschäftsführer beim Handelsregister anzumelden. Die Liquidation erfolgt mangels anderer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, eines Gesellschafterbeschlusses oder in Notfällen des Gerichts durch sämtliche Geschäftsführer, die zu gesamter Hand zu handeln haben (§§ 65 ff.). Die Verteilung des nach Abzug der Schulden übrig bleibenden Vermögens unter die Gesellschafter erfolgt

Digitized by Google

nach Ablauf des Sperrjahrs nach Verhältnis der Geschäftsanteile (§§ 72 ff.).

γ. Eine G. m. b. H. kann sich in eine Aktiengesellschaft umwandeln, dergestalt, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft einschließlich ihrer Schulden mit der Eintragung der neuen Gesellschaft in das Handelsregister auf diese von Rechts wegen übergeht (§§ 80, 81).

7. Nichtigkeit.

Wie für die Aktiengesellschaft durch das neue HGB. (S. 745), so ist für die G. m. b. H. durch die auf Grund des Art. 11 EGHGB. neu eingefügten §§ 75—77 die Nichtigkeit und deren Heilung gesetzlich geordnet.

i. Die eingetragenen Genossenschaften (RG. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, Neufassung vom 20. Mai 1898).[22])

---

[22]) Die Genossenschaften sind in Deutschland besonders durch den Volksmann Schulze-Delitzsch (1808—1883) eingeführt worden, um den kleinen Gewerbetreibenden durch Vereinigung ihrer Mittel und gegenseitige Unterstützung die Vorteile des Großbetriebs (Kredit, Erleichterung beim Einkauf und Verkauf, bei der Herstellung von Erzeugnissen und der Beschaffung von Wohnungen) zuzuwenden. 1847 gründete Schulze in seiner Vaterstadt Delitzsch die erste Genossenschaft für Handwerker zwecks gemeinsamen Einkaufs von Arbeitsmaterial. Reichsgesetzlich geordnet wurde das Genossenschaftswesen zuerst durch das als Bundesgesetz erlassene, seit 1873 für das ganze Reich geltende Gesetz vom 4. Juli 1868, neu geordnet durch das RG. vom 1. Mai 1889, durch welches neben die bisher allein zulässige „Eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht" die beiden anderen Arten gesetzt wurden. Durch ein RG. vom 12. August 1896 (Beschränkung der Konsumvereine auf den Geschäftsbetrieb mit ihren Mitgliedern) und Art. 10 EGHGB. wurden erneute Änderungen vorgenommen und der nunmehr gültige Text durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 neu veröffentlicht.

Eine besondere Art von Genossenschaften sind die seit 1862 zuerst in der Rheinprovinz entstandenen nach ihrem Begründer (Bürgermeister Raiffeisen in Heddesdorf) benannten sog. Raiffeisenschen Darlehnskassen. Sie wollen das auch von Schulze-Delitzsch erstrebte Ziel, den Genossen durch solidarisches Eintreten Personalkredit zu verschaffen, auf einem anderen Wege erreichen. Sie verlangen, um auch Unbemittelten den Zugang zu ermöglichen, keine Einlage und bilden keine Mitgliederanteile, kommen daher auch nicht

Digitized by Google

1. Begriff.

Eingetragene Genossenschaften sind durch Eintragung in ein Genossenschaftsregister rechtsfähig gewordene Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl,[23]) welche die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezwecken; namentlich:

α. Vorschuß- und Kreditvereine;

β. Rohstoffvereine;

γ. Vereine zum gemeinschaftlichen Verkaufe landwirtschaftlicher oder gewerblicher Erzeugnisse (Absatzgenossenschaften, Magazinvereine);

δ. Vereine zur Herstellung von Gegenständen und zum Verkaufe derselben auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktivgenossenschaften);

ε. Vereine zum gemeinschaftlichen Einkaufe von Lebens- oder Wirtschaftsbedürfnissen im großen und Ablaß im kleinen (Konsumvereine);

ζ. Vereine zur Beschaffung von Gegenständen des

---

in die Gefahr, gewagte Geschäfte zu machen, um den Anteilen eine entsprechende Verzinsung zu gewähren. Andererseits — und deshalb sind sie von Schulze-Delitzsch sehr bekämpft worden — kann der Mangel eines durch Einlagen gebildeten Betriebskapitals in kritischen Zeiten gefährlich sein, zumal diese Kassen vorzugsweise zur Gewährung von Kredit an kleinere Landwirte zwecks Ermöglichung von Wirtschaftsverbesserungen bestimmt sind, also Darlehen gewähren müssen, die längere Zeit unkündbar sind. Um diesen Gefahren zu entgehen, haben diese Kassen sich zu Verbänden vereinigt, die ihrerseits wieder Anschluß an ein kapitalkräftiges Kreditinstitut suchen. Zur „Förderung des genossenschaftlichen Personalkredits" ist in Preußen durch Gesetz vom 31. Juli 1895 eine Anstalt unter dem Namen: „Preußische Central-Genossenschafts-Kasse" in Berlin mit einem vom Staate gewährten Grundkapitale von jetzt (PrG. v. 8. Juni 1896) 20 Mill. Mk. gebildet worden.

[23]) Dadurch unterscheiden sie sich von der AG. und der G. m. b. H. Sie besitzen ferner nicht, wie diese, ein festes Grundkapital. Andererseits dürfen die Genossenschaften nicht, wie die AG. und die G. m. b. H., alle Arten von Geschäften betreiben, sondern nur solche, die den Erwerb und die Wirtschaft ihrer Mitglieder befördern sollen; vgl. S. 764[24].

Digitized by Google

landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebs und zur Benutzung derselben auf gemeinschaftliche Rechnung;

η. Vereine zur Herstellung von Wohnungen (§ 1).

2. Arten.

Die Genossenschaften können errichtet werden (§ 2):

α. dergestalt, daß die einzelnen Mitglieder (Genossen) für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft dieser sowie unmittelbar den Gläubigern derselben mit ihrem ganzen Vermögen haften (eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht);

β. dergestalt, daß die Genossen zwar mit ihrem ganzen Vermögen, aber nicht unmittelbar den Gläubigern der Genossenschaft verhaftet, vielmehr nur verpflichtet sind, der letzteren die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Nachschüsse zu leisten (eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht);

γ. dergestalt, daß die Haftpflicht der Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft sowohl dieser wie unmittelbar den Gläubigern gegenüber im voraus auf eine bestimmte Summe beschränkt ist (eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht).

Diese Verschiedenheit der Haftung wird erst im Konkurse praktisch, vgl. hierüber I, 683 ff.

3. Errichtung.

α. Eine Gesellschaft der unter 1. bezeichneten Art erwirbt die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das beim Amtsgerichte des Geschäftssitzes geführte Genossenschaftsregister (§§ 1, 10, 13).

β. Die Firma der Genossenschaft (§ 3) muß vom Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein („Sachfirma") und einen die Art der Haftung kennzeichnenden Zusatz enthalten (zB. „Vorschußverein in Nauen. Eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht").

γ. Die Zahl der Genossen muß mindestens 7 betragen (§ 4). Der unter ihnen zu schließende Gesellschaftsvertrag (das Statut) muß schriftlich (nicht wie bei der AG. ge-

Digitized by Google

richtlich oder notariell, S. 727) abgefaßt sein (§ 5) und u. a. (§§ 6—8) bestimmen: den Betrag, bis zu welchem sich die einzelnen Genossen mit Einlagen beteiligen können (Geschäftsanteil), sowie die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, zu welchen jeder Genosse verpflichtet ist.

δ. Die Genossenschaften sind für die Förderung der Wirtschaft ihrer Mitglieder bestimmt; sie können jedoch durch statutarische Bestimmung die Ausdehnung des Gewerbebetriebs auf Nichtmitglieder zulassen.[24])

4. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

α. Die eingetragene Genossenschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden; sie ist also eine juristische Person (§ 17 Abs. 1).

β. Genossenschaften gelten ohne Rücksicht auf die Art ihres Gewerbebetriebs als Kaufleute im Sinne des HGB. (§ 17 Abs. 2; S. 718).

γ. Die Genossenschaft hat gleich der Aktiengesellschaft drei Organe: den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Generalversammlung der Genossen.

Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats müssen Genossen sein (§ 9).

---

[24]) Diese Ausdehnung ist jedoch für zwei Gattungen von Genossenschaften unzulässig (§ 8).

a. Genossenschaften, bei welchen die Gewährung von Darlehen Zweck des Unternehmens ist, dürfen ihren Geschäftsbetrieb, soweit er in einer diesen Zweck verfolgenden Darlehnsgewährung besteht, nicht auf andere Personen außer den Mitgliedern ausdehnen. Darlehnsgewährungen, welche nur die Anlegung von Geldbeständen bezwecken, fallen nicht unter dieses Verbot.

b. Konsumvereine (§ 1 Nr. 5) dürfen im regelmäßigen Geschäftsverkehre Waren nur an ihre Mitglieder oder deren Vertreter verkaufen. Diese Beschränkung findet auf landwirtschaftliche Konsumvereine, welche ohne Haltung eines offenen Ladens die Vermittelung des Bezugs von ihrer Natur nach ausschließlich für den landwirtschaftlichen Betrieb bestimmten Waren (Saatgetreide, Dünger usw.) besorgen, hinsichtlich dieser Waren keine Anwendung.

Digitized by Google

a. Der Vorstand ist zur Vertretung der Genossenschaft berufen und besteht aus mindestens zwei, von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern. Anders als bei der AG. (S. 735) kann ein einzelnes Vorstandsmitglied nicht zu alleinigem Handeln ermächtigt werden. Es findet also nur eine Kollektivvertretung statt. Die Vertretungsbefugnis des Vorstands kann beschränkt werden; gegen Dritte ist dies aber (wie bei der Prokura, III, 560[17]) ohne Wirksamkeit.

b. Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern; diese dürfen keine nach dem Geschäftsergebnisse bemessene Vergütung (Tantieme) beziehen (§ 36).

Der Aufsichtsrat hat den Vorstand bei seiner Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und zu dem Zwecke sich von dem Gange der Angelegenheiten der Genossenschaft zu unterrichten (§ 38). Er vertritt die Genossenschaft bei Rechtsgeschäften und in Prozessen mit dem Vorstande (§ 39).

c. Die Rechte, welche den Genossen in den Angelegenheiten der Genossenschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, die Prüfung der Bilanz und die Verteilung von Gewinn und Verlust zustehen, werden in der Generalversammlung durch Beschlußfassung der erschienenen Genossen ausgeübt. Jeder Genosse hat eine Stimme. Es wird also nach Köpfen, nicht — wie bei der G. m. b. H. — nach Geschäftsanteilen abgestimmt. Die Genossen können das Stimmrecht nicht durch Bevollmächtigte ausüben. Diese Bestimmung findet auf handlungsunfähige Personen, Korporationen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine und, wenn das Statut die Teilnahme von Frauen an der Generalversammlung ausschließt, auf Frauen keine Anwendung. Ein Bevollmächtigter kann nicht mehr als einen Genossen vertreten (§§ 43 ff.).

Die Beschlüsse der Generalversammlung sind in ein Protokollbuch einzutragen, dessen Einsicht jedem Genossen und der Staatsbehörde gestattet werden muß (§ 47).

Digitized by Google

richtlich oder notariell, S. 727) abgefaßt sein (§ 5) und u. a. (§§ 6—8) bestimmen: den Betrag, bis zu welchem sich die einzelnen Genossen mit Einlagen beteiligen können (Geschäftsanteil), sowie die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, zu welchen jeder Genosse verpflichtet ist.

δ. Die Genossenschaften sind für die Förderung der Wirtschaft ihrer Mitglieder bestimmt; sie können jedoch durch statutarische Bestimmung die Ausdehnung des Gewerbebetriebs auf Nichtmitglieder zulassen.[24])

4. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

α. Die eingetragene Genossenschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden; sie ist also eine juristische Person (§ 17 Abs. 1).

β. Genossenschaften gelten ohne Rücksicht auf die Art ihres Gewerbebetriebs als Kaufleute im Sinne des HGB. (§ 17 Abs. 2; S. 718).

γ. Die Genossenschaft hat gleich der Aktiengesellschaft drei Organe: den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Generalversammlung der Genossen.

Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats müssen Genossen sein (§ 9).

---

[24]) Diese Ausdehnung ist jedoch für zwei Gattungen von Genossenschaften unzulässig (§ 8).

a. Genossenschaften, bei welchen die Gewährung von Darlehen Zweck des Unternehmens ist, dürfen ihren Geschäftsbetrieb, soweit er in einer diesen Zweck verfolgenden Darlehnsgewährung besteht, nicht auf andere Personen außer den Mitgliedern ausdehnen. Darlehnsgewährungen, welche nur die Anlegung von Geldbeständen bezwecken, fallen nicht unter dieses Verbot.

b. Konsumvereine (§ 1 Nr. 5) dürfen im regelmäßigen Geschäftsverkehre Waren nur an ihre Mitglieder oder deren Vertreter verkaufen. Diese Beschränkung findet auf landwirtschaftliche Konsumvereine, welche ohne Haltung eines offenen Ladens die Vermittelung des Bezugs von ihrer Natur nach ausschließlich für den landwirtschaftlichen Betrieb bestimmten Waren (Saatgetreide, Dünger usw.) besorgen, hinsichtlich dieser Waren keine Anwendung.

Digitized by Google

a. Der Vorstand ist zur Vertretung der Genossenschaft berufen und besteht aus mindestens zwei, von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern. Anders als bei der AG. (S. 735) kann ein einzelnes Vorstandsmitglied nicht zu alleinigem Handeln ermächtigt werden. Es findet also nur eine Kollektivvertretung statt. Die Vertretungsbefugnis des Vorstands kann beschränkt werden; gegen Dritte ist dies aber (wie bei der Prokura, III, 560[17]) ohne Wirksamkeit.

b. Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern; diese dürfen keine nach dem Geschäftsergebnisse bemessene Vergütung (Tantieme) beziehen (§ 36).

Der Aufsichtsrat hat den Vorstand bei seiner Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und zu dem Zwecke sich von dem Gange der Angelegenheiten der Genossenschaft zu unterrichten (§ 38). Er vertritt die Genossenschaft bei Rechtsgeschäften und in Prozessen mit dem Vorstande (§ 39).

c. Die Rechte, welche den Genossen in den Angelegenheiten der Genossenschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, die Prüfung der Bilanz und die Verteilung von Gewinn und Verlust zustehen, werden in der Generalversammlung durch Beschlußfassung der erschienenen Genossen ausgeübt. Jeder Genosse hat eine Stimme. Es wird also nach Köpfen, nicht — wie bei der G. m. b. H. — nach Geschäftsanteilen abgestimmt. Die Genossen können das Stimmrecht nicht durch Bevollmächtigte ausüben. Diese Bestimmung findet auf handlungsunfähige Personen, Korporationen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine und, wenn das Statut die Teilnahme von Frauen an der Generalversammlung ausschließt, auf Frauen keine Anwendung. Ein Bevollmächtigter kann nicht mehr als einen Genossen vertreten (§§ 43 ff.).

Die Beschlüsse der Generalversammlung sind in ein Protokollbuch einzutragen, dessen Einsicht jedem Genossen und der Staatsbehörde gestattet werden muß (§ 47).

Digitized by Google

Für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Aktiengesellschaft (§§ 51, 52; S. 740).

δ. Während bei der Aktiengesellschaft nur für einzelne Fälle (Gründungshergang, S. 728) eine Revision erforderlich ist, unterstehen die Genossenschaften der mindestens in jedem zweiten Jahre vorzunehmenden Prüfung durch einen Revisor. Für Genossenschaften, die einem Revisionsverband angehören, der gewissen Anforderungen (§§58 ff.) genügt, ist dem Verbande das Recht zur Bestellung des Revisors zu verleihen (§ 54).

5. Ausscheiden einzelner Genossen.

α. Jeder Genosse hat das Recht, mittelst Aufkündigung seinen Austritt aus der Genossenschaft zu erklären. Die Aufkündigung findet nur zum Schluß eines Geschäftsjahrs statt. Sie muß mindestens drei Monate vorher schriftlich erfolgen. Durch das Statut kann eine längere, jedoch höchstens zweijährige Kündigungsfrist festgesetzt werden (§ 65).

β. Der Gläubiger eines Genossen, welcher, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Genossen fruchtlos versucht ist, die Pfändung und Überweisung des demselben bei der Auseinandersetzung mit der Genossenschaft zukommenden Guthabens erwirkt hat, kann behufs seiner Befriedigung das Kündigungsrecht des Genossen an dessen Stelle ausüben, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§ 66; vgl. die entsprechende Bestimmung bei der OHG. S. 721).

γ. Ein Genosse kann wegen des Verlusts der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie wegen der Mitgliedschaft in einer anderen Genossenschaft, welche an demselben Ort ein gleichartiges Geschäft betreibt, zum Schlusse des Geschäftsjahrs aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden. Aus Vorschuß- und Kreditvereinen kann die Ausschließung wegen der Mitgliedschaft in einer anderen solchen Genossenschaft auch dann erfolgen, wenn die letztere ihr Geschäft nicht an demselben Orte betreibt (§ 68).

Digitized by Google

δ. Ein Genosse kann zu jeder Zeit, auch im Laufe des Geschäftsjahrs, sein Guthaben mittelst schriftlicher Übereinkunft einem Anderen übertragen und hierdurch aus der Genossenschaft ohne Auseinandersetzung mit ihr austreten, sofern der Erwerber an seiner Stelle Genosse wird oder sofern derselbe schon Genosse ist und dessen bisheriges Guthaben mit dem ihm zuzuschreibenden Betrage den Geschäftsanteil nicht übersteigt (§ 76).

ε. Im Falle des Todes eines Genossen gilt dieser mit dem Schlusse des Geschäftsjahrs, in welchem der Tod erfolgt ist, als ausgeschieden (§ 77).[25])

6. Auflösung.

α. Die Auflösung der Genossenschaft erfolgt:

---

[25]) In den Fällen α.—γ. und ε. gilt der Austritt als nicht erfolgt, wenn die Genossenschaft binnen 6 Monaten aufgelöst wird. Im Fall eines innerhalb dieser Zeit eröffneten Konkurses haftet der Genosse also, als wenn er nicht ausgeschieden wäre (§ 75).

Im Falle δ. (Veräußerung des Geschäftsguthabens) wird der Austritt zwar durch eine innerhalb von 6 Monaten erfolgende Auflösung nicht unwirksam. Der ausgeschiedene Genosse haftet aber im Falle des Konkurses für die Nachschüsse, zu deren Zahlung er verpflichtet gewesen wäre, insoweit, als zu derselben der Erwerber unvermögend ist (§ 76, also eine Art von Bürgschaft kraft Gesetzes).

In allen Fällen bleiben die ausscheidenden Genossen für die bis zu ihrem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden weiter verhaftet u. zw.:

a. bei den E. G. mit unbeschränkter oder beschränkter Haftpflicht, falls ein Konkurs innerhalb der nächsten zwei Jahre eröffnet wird, aber mit der Milderung, daß die Gläubiger gegen die ausgeschiedenen Genossen erst nach Ablauf von 6 Monaten seit der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschußberechnung (I, 684) vorgehen können (§§ 125, 141);

b. bei den E. G. mit unbeschränkter Nachschußpflicht, falls die Konkurseröffnung in den nächsten 18 Monaten erfolgt (§ 128).

Bei der E. G. mit unbeschränkter Nachschußpflicht haften die ausscheidenden Genossen sogar für die innerhalb dieser 18 Monate, also nach ihrem Ausscheiden, neu entstandenen Genossenschaftsschulden.

Diese Haftung der ausgeschiedenen Genossen besteht aber nur gegenüber den Genossenschaftsgläubigern. Hat der Ausgeschiedene nachträglich etwas zahlen müssen, so kann er von der Genossenschaft Erstattung verlangen (§§ 124, 130, 141), denn mit dieser hatte er bereits bei seinem Austritt abgerechnet.

Digitized by Google

a. durch Generalversammlungsbeschluß (Mehrheit von $^3/_4$ der erschienenen Genossen (§ 78);

b. durch Zeitablauf, wenn nach dem Statute die Dauer beschränkt ist (§ 79);

c. durch Gerichtsbeschluß auf Antrag des Vorstands und, wenn der Antrag nicht binnen 6 Monaten erfolgt, von Amtswegen, sofern die Zahl der Genossen unter 7 sinkt (§ 80);

d. durch Urteil des Verwaltungsgerichts, wenn eine Genossenschaft sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, oder wenn sie andere als die in diesem Gesetze (§ 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgt (§ 81; vgl. die ähnliche Bestimmung für „Eingetragene Vereine" in BGB. §§ 43 f., III, 190, sowie für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien im preußischen AGHGB. Art. 4).

β. Die Auflösung ist vom Gericht in das Genossenschaftsregister einzutragen und dreimal bekannt zu machen (§ 82).

γ. Bis zur Beendigung der alsdann eintretenden Liquidation gilt die Genossenschaft als fortbestehend.

δ. Eine Verteilung des Vermögens ist erst nach Deckung der bekannten Schulden und nach Ablauf des Sperrjahrs (S. 744) zulässig (§ 90). Es werden hierbei zunächst die Geschäftsguthaben befriedigt. Überschüsse, welche sich über den Gesamtbetrag dieser Guthaben hinaus ergeben, sind nach Köpfen zu verteilen (§ 91). Ist durch das Statut die Verteilung des Vermögens ausgeschlossen, so fällt ein bei der Auflösung der Genossenschaft verbleibendes Reinvermögen, sofern dasselbe nicht durch das Statut einer physischen oder juristischen Person zu einem bestimmten Verwendungszweck überwiesen ist, an diejenige Gemeinde, in der die Genossenschaft ihren Sitz hatte. Die Zinsen dieses Fonds sind zu gemeinnützigen Zwecken zu verwenden (§ 92).

ε. Für die Nichtigkeit der Genossenschaft und die Heilung der Nichtigkeit gelten ähnliche Grundsätze (§§ 94 ff.) wie bei der Aktiengesellschaft (S. 745).

Digitized by Google

ζ. Eine Genossenschaft der einen Art (S. 763) kann sich in eine Genossenschaft einer der beiden anderen Arten umwandeln. Soweit die Gläubiger dabei jedoch geringere Rechte erhalten als bisher, ist die Beobachtung der Bestimmungen vorgeschrieben, die für die Verteilung des Genossenschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (§§ 143 ff.).

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft (BGB. §§ 741—758).

§ 150. Die Gemeinschaft.

a. Allgemeines.

1. Ein Recht kann mehreren gemeinschaftlich zustehen. Dann besteht zwischen den Berechtigten in Ansehung dieses Rechts eine Gemeinschaft (communio). Der 15. Titel des BGB. enthält allgemeine Vorschriften über derartige Gemeinschaften, ohne die Art ihrer Entstehung und ihren Zweck zu berücksichtigen. Seine Bestimmungen kommen aber nur insoweit zur Anwendung, als nicht über gewisse Arten von Gemeinschaften Sondervorschriften gegeben sind. Dies ist geschehen hinsichtlich:

α. der Mehrheit von Forderungsberechtigten (§§ 420 ff., S. 369);

β. der (auf Vertrag beruhenden) Gesellschaften (oben §§ 147—149); als Gegensatz zu der auf Vertrag beruhenden wird die nicht vertragsmäßige als zufällige Gemeinschaft (gemeinrechtlich im Anschluß an l. 31 D. 17, 2, l. 25 § 16 D. 10, 2 als communio incidens) bezeichnet;

γ. des Miteigentums (dingliche Seite der Gemeinschaft §§ 1008 ff., V, 397; vgl. §§ 946 ff. über die Entstehung von Miteigentum durch Verbindung und Vermischung, V, 338);

δ. der Grenzverwirrung (§ 920; V, 279);

ε. der ehelichen Gütergemeinschaft, vgl. §§ 1437 ff. (allgemeine Gütergemeinschaft), 1519 ff. (Errungenschaftsgemeinschaft), 1549 ff. (Fahrnisgemeinschaft); vgl. II, 674;

Digitized by Google

ζ. der Gemeinschaft der Miterben (§§ 2032 ff.; II, 741);

η. der Gemeinschaft der Konkursgläubiger in der KO. (I, 663[3]).

Für diese besonders geregelten Fälle von Gemeinschaft sind die §§ 741—758 nur mangels besonderer Vorschriften anwendbar.[1])

2. Für die Verfügungsberechtigung der Gemeinschaftsgenossen nach außen hin sind drei Formen möglich (vgl. oben S. 368):

α. Die Verfügung kann nur von allen Genossen gemeinschaftlich erfolgen. Dieser Grundsatz der „gesamten Hand" ist vom BGB. zB. bei der Gesellschaft (S. 698), der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft (S. 370) und für unteilbare Leistungen bei der Gläubigergemeinschaft verwendet (S. 369).

β. Die Verfügung kann von jedem Genossen allein erfolgen. Dieser Grundsatz der Solidarberechtigung

---

[1]) Da die wichtigsten Gemeinschaftsfälle besonders geregelt sind, kommen die §§ 741 ff. nur in seltenen Fällen an erster Stelle zur Anwendung. Solche Fälle sind zB.: gemeinsame Einzahlungen auf ein Sparkassenbuch, Berechtigung eines Lehrerkollegiums zur gemeinschaftlichen Benutzung des Schulgartens, Zuweisung eines Zimmers an mehrere Insassen eines Hospitals, gemeinschaftlicher gutgläubiger Besitz. Da aber die besonderen Fälle nur in Einzelheiten geordnet sind, ist die ergänzende Bedeutung dieses Titels groß.

Das rR. kannte drei Fälle nicht vertragsmäßiger Gemeinschaft, die mit besonderen Klagen ausgestattet waren:

a. die Grenzverwirrung (Digestentitel 10, 1, Codextitel 3, 39: „Finium regundorum");

b. die Erbengemeinschaft (Digestentitel 10, 2, Codextitel 3, 36: „Familiae erciscundae");

c. Die Fälle sonstiger nicht vertragsmäßiger Gemeinschaft (Digestentitel 10, 3, Codextitel 3, 37: „Communi dividundo").

Mit den für diese Fälle gegebenen Teilungsklagen (actio finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo) werden teils dingliche Ansprüche (auf Teilung), teils persönliche (auf Ersatz von Auslagen, Herausgabe des Erlöses für Früchte usw.) geltend gemacht; es heißt daher von ihnen (§ 20 J. 4, 6): mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam (I, 283).

Digitized by Google

ist vom BGB. für den Fall des § 2151 (S. 370) und vom HGB. für die offene Handelsgesellschaft (für das Verhältnis nach außen, falls nicht vertragsmäßig eine Gesamtvertretung angeordnet ist, HGB. § 125, S. 720) angenommen.

γ. Jeder Gemeinschaftsgenosse hat einen rechnerisch bestimmbaren „ideellen" Anteil an dem gemeinschaftlichen Recht, über den er auch selbständig verfügen darf. Dieses Prinzip der Teilung gilt nach BGB. §§ 741 ff. als allgemeiner Grundsatz für die gemeinschaftliche Berechtigung (die daher in § 741 als „Gemeinschaft nach Bruchteilen" bezeichnet ist), falls das Gesetz nicht — wie in den vorstehend erwähnten Fällen — eine andere Behandlung (nach dem Prinzipe der Gesamthand oder der Solidarität) vorgeschrieben hat.

b. Rechtsverhältnis der Teilhaber zu einander.[2])

1. Rechte.

α. Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen (§ 742).[3])

β. Jedem Teilhaber gebührt ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte. Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit be-

---

[2]) Das zwischen Teilhabern einer nicht vertragsmäßigen Gemeinschaft (in den Quellen ebenfalls socii genannt) bestehende Verhältnis wurde von den Römern als quasi contractus (S. 8[3]) aufgefaßt. Die communio incidens beschränkte sich aber regelmäßig auf gemeinschaftliche dingliche Rechte, da für Forderungen wegen des allgemeinen Grundsatzes „nomina ipso jure sunt divisa" (S. 362, 369[1]) eine communio pro indiviso, d. h. eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, nicht stattfand.

[3]) Ergänzend bestimmt GBO. § 48: „Soll ein Recht für Mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird", also „A. und B. als Miteigentümer zu gleichen Rechten und Anteilen" oder „A. und B. als Miterben zu ungeteiltem Rechte"; vgl. V, 150.

Digitized by Google

fugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird (§ 743).[4])

γ. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands steht den Teilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744 Abs. 1). Dieser, an das Gesamthandprinzip erinnernde Grundsatz wird jedoch in doppelter Beziehung durchbrochen:

a. Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen (§ 744 Abs. 2, Individualrecht, S. 698).

b. Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Anteile zu berechnen (§ 745, Majoritätsprinzip, an Stelle des im rR. geltenden Grundsatzes „melior est condicio prohibentis", wonach jeder Teilhaber gegen die Vornahme einer nicht notwendigen Maßregel Einspruch erheben konnte).

δ. Haben die Teilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger (§ 746, selbstverständlich auch für und gegen die Gesamtnachfolger); vgl. jedoch § 1010 über den Schutz des Erwerbs auf Grund des Grundbuchs (V, 402).

ε. Jeder Teilnehmer kann über seinen Anteil verfügen. Daher kann der Anteil eines Teilhabers auch von seinem Gläubiger gepfändet werden (I, 580). Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen (§ 747). Das dem ALR. (I, 17 §§ 61—65) eigentümliche gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinschaftsgenossen (retractus ex jure condominii) ist im BGB. nur für Miterben anerkannt; vgl. II, 540[21].

---

[4]) Wenn also A. und B. gemeinschaftlich der Nießbrauch eines Gartens zusteht, dann behält jeder die Hälfte der Früchte; jeder darf darin spazieren gehen, auf sonst nicht benutzbarem Boden eine Laube errichten usw. Auf den Grundsatz von Treu und Glauben und die Hinderung chikanöser Rechtsausübung wird in Gemeinschaftsverhältnissen besonders häufig Rücksicht zu nehmen sein.

Digitized by Google

2. Pflichten.

α. Jeder Teilhaber ist den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands, sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Anteils zu tragen (§ 748).

β. Während Gesellschafter einander nur für diligentia quam suis haften (S. 702), bleibt es hinsichtlich der Teilhaber einer Gemeinschaft bei dem allgemeinen Grundsatze des § 276 (Haftung für jede Fahrlässigkeit). Nach Gem. Rechte (l. 25 § 10 D. 19, 2) hafteten dagegen auch Gemeinschaftsgenossen einander nur für culpa in concreto.

c. Aufhebung der Gemeinschaft.

1. Aufhebungsgründe.

Jeder Teilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§ 749 Abs. 1), und dieser Anspruch (nach rR. die actio communi dividundo) ist unverjährbar.

Die Auflösung kann jedoch vertragsmäßig auf Zeit oder — abweichend vom rR., l. 14 § 2 D. 10, 3 — auf immer ausgeschlossen oder an die Einhaltung einer Kündigungsfrist geknüpft werden, und derartige Vereinbarungen wirken nicht nur, wie selbstverständlich, für und gegen Gesamtnachfolger, sondern auch für und gegen Sondernachfolger (nicht aber gegen Pfändungsgläubiger, deren Vollstreckungstitel rechtskräftig sind, § 751, und gegen die Konkursmasse, KO. § 16 Abs. 2). Trotz dieser Vereinbarungen kann jedoch die sofortige Aufhebung verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, und dieses Recht kann auch durch eine entgegenstehende Vereinbarung nicht beseitigt werden, ist also jus cogens (§ 749 Abs. 2, 3).[5])

[5]) Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweifel mit dem Tod eines Teilhabers außer Kraft (§ 750). Hierin liegt nur eine Auslegungsregel (III, 3), deren Anwendung daher durch klare gegenteilige Vereinbarung ausgeschlossen

Digitized by Google

2. Auseinandersetzung.

α. Nach rR. erfolgte die Auseinandersetzung zwischen Teilhabern einer communio auf dem Prozeßwege. Auf die actio communi dividundo eines Genossen hin, welche die Natur einer actio duplex hatte (I, 219), entschied der Richter (adjudicatio, I, 281, judicium duplex, V, 279) nach freiem Ermessen durch „konstitutives" (I, 524) Teilungsurteil über die Art und Weise der Liquidation und der Verteilung des Gemeinschaftsvermögens und überwies jedem Teilhaber bestimmte Gegenstände oder Anteile.

Das BGB. und die CPO. kennen kein Angehen des Prozeßrichters auf Auseinandersetzung. Einigen sich die Teilhaber über die Art der Auseinandersetzung, so können sie allerdings zur Beurkundung eines Teilungsvertrags das Gericht angehen; dies gilt dann aber als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Einigen sie sich nicht, so muß der Teilhaber, der die Teilung herbeiführen will, allerdings auch heute noch klagen, aber nicht mit dem Antrage, daß der Richter die Teilung vornehmen solle,[6]) sondern mit dem Antrage, den Gegner zu verurteilen, in die vom Kläger nach den gesetzlichen Vorschriften beanspruchte (und im Antrage genau zu bezeichnende) Art der Teilung (zB. in die Zwangsversteigerung des gemeinschaftlichen Grundstücks) zu willigen. Dies Urteil ist dann in der I, 598 geschilderten Weise zur

---

wird. Häufig wird aber der Tod einen „wichtigen Grund" im Sinne des § 749 darstellen, und dann ist eine entgegenstehende Vereinbarung nach § 749 Abs. 3 eben nichtig.

[6]) Die Klage eines Teilhabers gegen die anderen mit dem Antrage: „das Gericht wolle die Teilung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften vollziehen", ist also mangels eines „bestimmten Antrags" (CPO. § 253) unzulässig. Nur im Verteilungsverfahren (CPO. §§ 872 ff., I, 596), nämlich wenn bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht, tritt auch heute noch eine Verteilung durch das Gericht ein, insofern in dem Urteile, durch welches über einen erhobenen Widerspruch entschieden wird, zugleich zu bestimmen ist, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei (§ 880).

Digitized by Google

Vollstreckung zu bringen und wirkt deklaratorisch, nicht konstitutiv.

β. Für die Art und Weise der Auseinandersetzung zwischen den Teilhabern giebt das BGB. folgende Vorschriften:

a. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Werts in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegen lassen. Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los (§ 752).

b. Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstands nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung[7]) und durch Teilung des Erlöses. Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Teilhabern zu versteigern (§ 753). Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Teilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen (§ 754).

---

[7]) Die in ZwVG. §§ 180 ff. geordnete Zwangsversteigerung eines Grundstücks oder registrierten Schiffs (ZwVG. § 162) zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft erfolgt nach den gewöhnlichen Verfahrensvorschriften (I, 585) mit folgenden Abweichungen:

a. Ein vollstreckbarer Titel ist nicht erforderlich (§ 181).

b. Bei der Feststellung des geringsten Gebots sind die den Anteil des Antragstellers belastenden oder mitbelastenden Rechte an dem Grundstücke, sowie alle Rechte zu berücksichtigen, die einem dieser Rechte vorgehen oder gleichstehen. Ist hiernach bei einem Anteil ein größerer Betrag zu berücksichtigen, als bei einem anderen Anteile, so erhöht sich das geringste Gebot um den zur Ausgleichung unter den Miteigentümern erforderlichen Betrag (§ 182).

c. Im Falle der Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks tritt das in ZwVG. § 57 erwähnte Kündigungsrecht des Erstehers (vgl. S. 502) nicht ein (§ 183).

d. Ein Miteigentümer braucht für sein Gebot keine Sicherheit zu leisten, wenn ihm eine durch das Gebot ganz oder teilweise gedeckte Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld zusteht (§ 184).

Digitized by Google

c. Haften die Teilhaber als Gesamtschuldner (d. h. nach außen jeder aufs Ganze, S. 359) für eine Verbindlichkeit, die sie gemäß dem Grundsatze des § 748, daß sie im Verhältnisse zu einander zur anteiligen Tragung der Lasten verpflichtet sind (S. 773), nur nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu erfüllen haben, so kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird. Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden (§ 755).

b. Hat ein Teilhaber gegen einen anderen Teilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstands verlangen (§ 756). Insoweit steht ihm im Konkurse des anderen Teilhabers auch ein Absonderungsrecht zu (KO. § 51).

e. Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Teilhaber zugeteilt, so hat wegen eines Mangels im Recht oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Teilhaber zu seinem Anteil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten (§ 757).

Sechzehnter Titel. Leibrente (BGB. §§ 759—761).

§ 151. Die Leibrente.[1])

a. Begriff.

Leibrente ist ein Vermögenswert, regelmäßig ein Geldbetrag (Geldrente), den jemand einem Anderen in Teilen an gewissen wiederkehrenden Terminen (daher

[1]) Aleatorische Verträge (alea = Würfel) nennt man Verträge, bei denen Gewinn und Verlust der Parteien vom Zufall abhängt, also jede Partei ein „Risiko" läuft. Das rR. behandelte im Digestentitel 11, 5 „De aleatoribus" und im Codextitel 3, 43 „De alea lusu et aleatoribus" nur das Spiel (S. 781). Gemeinrechtlich unterstellte man Spiel, Wette, Versicherung usw. dem gemeinsamen Begriff „aleatorische Verträge", ohne aber für die dazu gerechneten

Digitized by Google

„Rente") und zwar auf die Lebenszeit einer Person (daher „Leibrente" im Gegensatze zu der ewigen Grundrente, II, 572) zu leisten verpflichtet ist. Diese Verpflichtung kann auf einem Leibrentenvertrag[2]) oder einer letzt-

---

Geschäfte einheitliche Grundsätze zu entwickeln. Dagegen gab das ALR. in I, 11 Abschnitt 6 allgemeine Bestimmungen über „gewagte Verträge", die in I, 11 § 527 definiert werden als „Verabredungen, nach welchen eine gewisse Sache oder ein bestimmter Preis gegen die Hoffnung eines künftigen noch ungewissen Vorteils, oder gegen Überlassung künftiger Vorteile, die nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten, aber an sich noch unbestimmt sind, versprochen oder gegeben wird." Zu diesen gewagten Geschäften rechnete das ALR.: die **emptio spei** und **rei speratae** (I, 11 §§ 528 ff., oben S. 379), die (im Titel II, 8 Abschn. 13 besonders behandelten) Versicherungsverträge (§ 546), die Lotterieen (§§ 547 ff.), Los, Spiel und Wette (§§ 569 ff.), den „Ankauf fortdauernder Prästationen" (Alimentationsvertrag, §§ 595 ff.), das Altenteil (§§ 602 ff.), die Leibrente (§§ 606 ff), endlich Witwen-, Sterbe- und Aussteuerkassen (§§ 651 ff.). Für alle diese Verträge galten gewisse gemeinsame Grundsätze, vor allem der Satz (§ 539), daß bei gewagten Verträgen beiden Teilen eine besondere Anzeige- und Aufklärungspflicht obläge (S. 384[12]).

Das BGB. hat keine allgemeine Vorschriften für gewagte Verträge aufgenommen und kennt daher diesen Begriff überhaupt nicht. Vielmehr sind nur für einzelne bisher zu den gewagten Geschäften gerechnete Rechtsinstitute einige Sondervorschriften getroffen, nämlich für Leibrente, Spiel und Wette und Lotterievertrag. Der landesrechtlichen Sonderregelung überlassen ist der (II, 633 behandelte) Leibgedings- oder Altenteilsvertrag (EGBGB. Art. 96) und der (unten in § 155 erörterte) Versicherungsvertrag (EGBGB. Art. 75), der vorläufig nur hinsichtlich der Seeversicherung reichsrechtlich geordnet ist.

[2]) Die Leibrentenverpflichtung kann vertragsmäßig **ohne** Gegenleistung des Rentenbezugsberechtigten (also schenkungshalber) oder **gegen Entgelt** übernommen werden. Die Versicherungsanstalten betreiben insbesondere die **Leibrentenversicherung** als besonderen Geschäftszweig. Hierbei zahlt jemand (Leibrentenkäufer) ein Kapital („**à fonds perdu**", „Leibgut schwindet Hauptgut", II, 576[12]) ein, wogegen die Versicherungsgesellschaft (Leibrentenverkäufer) die Verpflichtung übernimmt, ihm bis zu seinem Tode eine gewisse jährliche Rente zu zahlen. Die wirtschaftliche Bedeutung dieses Geschäfts liegt darin, daß ältere Personen sich für die letzten Lebensjahre (freilich gegen Aufopferung eines Teils ihres Vermögens) eine Jahreseinnahme verschaffen können, die den bei zinsbarer Anlegung

Digitized by Google

willigen Verfügung (Rentenvermächtnis) oder unmittelbar auf Gesetz beruhen.[3]) Vom Unterhalt (oder Alimentation) unterscheidet sich die Leibrente dadurch, daß sie objektiv bestimmt ist, während der Umfang der Unterhaltspflicht subjektiv, durch das Bedürfnis des Berechtigten, bestimmt wird. Die Leibrente ist ein Rechtsinstitut deutschrechtlicher Entwickelung (II, 576).

b. Sondervorschriften.

Das BGB. giebt in den §§ 759—761 einige Sondervorschriften für die Leibrente, von denen sich § 761 aber nur auf den Leibrentenvertrag bezieht.

1. Wer zur Gewährung einer Leibrente verpflichtet ist, hat die Rente im Zweifel für die Lebensdauer[4]) des

---

des gleichen Kapitals zu erzielenden Betrag erheblich übersteigt. Wenn zB. der Hageſtolz A. in seinem 60. Jahre bei der Versicherungsgesellschaft B. 10000 Mk. auf Leibrente giebt, so wird er dafür eine Jahresrente von etwa 700 Mk., also 7% als Leibrente erhalten, während er bei zinsbarer Anlegung etwa 4%, also 400 Mk. erzielen würde. Hierbei wird zuweilen das Tontinensystem befolgt, wobei die durch den Tod von Versicherten eines bestimmten Jahrgangs frei werdenden Rentenbeträge den übrigbleibenden desselben Jahrgangs zuwachsen (vgl. II, 576[19]). Mangels solcher Bestimmung ist von mehreren gemeinsamen Rentenempfängern (zB. einem Ehepaare) jeder nur zu einem Kopfteile berechtigt (§ 420), falls es sich nicht um eine unteilbare Rente (zB. eine an ein Altsitzerehepaar alljährlich zu Martini zu leistende Gans) handelt (§ 432).

[3]) Auf Gesetz beruhende Rentenverpflichtungen entstehen in den Fällen des BGB. §§ 843—845 (Verletzung und Tötung), 1361, 1580, (Unterhaltspflicht getrennter und geschiedener Ehegatten), 1612 (Unterhaltspflicht der Verwandten), 1710 (Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters); ferner auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes (II, 511[5]) und der Invaliden- und Altersversicherung (III, 215).

[4]) Es kann aber auch eine andere Zeitspanne (bis zum Tode des Schuldners oder eines Dritten, für die Studien- oder Leutnantszeit) bestimmt sein.

Nach ALR. I, 11 §§ 621, 626 mußte das Kapital, mit dem eine Leibrente erkauft ist, zurückgegeben werden, wenn sie auf das Leben des Käufers oder eines Dritten gestellt war und der Verkäufer den Tod des Käufers oder des Dritten vorsätzlich herbeigeführt hatte, und ferner dann, wenn die Leibrente auf das Leben des Verkäufers gestellt war und dieser durch Selbstmord oder Vollziehung der Todesstrafe geendet hatte. Das BGB. enthält hierüber keine Sonder-

Digitized by Google

Gläubigers zu entrichten (§ 759 Abs. 1). Beruht die Verpflichtung auf einem Schenkungsversprechen, so dauert sie nach § 520 im Zweifel nur bis zum Tode des Schuldners, endet also mit dem Tode des Erstversterbenden.

Der für die Rente bestimmte Betrag ist im Zweifel der Jahresbetrag der Rente (§ 759 Abs. 2).

2. Die Leibrente ist im voraus zu entrichten, eine Geldrente auf je drei Monate. Hat der Gläubiger den Beginn des Zeitabschnitts erlebt, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, so gebührt ihm der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag (§ 760). Über die Zulässigkeit von Klagen auf künftige Entrichtung vgl. CPO. § 258 und I, 278[1]; über die Schätzung der Rentenpflicht in Geld im Konkurse des Rentenpflichtigen vgl. KO. § 69.

3. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leibrente versprochen wird, ist schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich (§ 761), soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, wie in den Fällen der §§ 311 (Verpflichtung zur Vermögensübertragung gegen Leibrente), 313 (Grundstücksüberlassung gegen Leibrente), 518 (schenkweises Versprechen einer Leibrente), in denen gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist.

4. Die Leibrentenverpflichtung verjährt in 30, der einzelne Rentenrückstand in 4 Jahren (§§ 197, 201).

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette (BGB. §§ 762—764).

§ 152. Spiel und Wette.

a. Begriff.

Spiel und Wette sind gewagte Verträge (S. 777[1]), d. h. bei beiden hängt die Entscheidung über Gewinn oder

---

vorschriften. Jedoch wird die freie Anwendung der §§ 162 (treulose Herbeiführung oder Verhinderung des Eintritts einer Bedingung) und 823, 844 (allgemeine Schadensersatzpflicht bei vorsätzlicher widerrechtlicher Verletzung eines Anderen) zur Anerkennung der Fortdauer der Verpflichtung zur Rentenzahlung für die mutmaßliche Lebenszeit des Getöteten führen.

Digitized by Google

Verlust der einen oder anderen Partei nicht (mindestens nicht allein) von ihrem Willen, sondern vom Zufall ab. Sowohl das Gemeine Recht wie das ALR. behandelten nun, wie unten zu zeigen ist, diese beiden Arten von Glücksverträgen verschieden, und es war daher erforderlich, ein bestimmtes Unterscheidungsmerkmal zu finden, das eine sichere Zuweisung der vielen zweifelhaften Fälle (in neuerer Zeit besonders der Wettmaschine bei Rennen — des „Totalisators" — und des Differenzgeschäfts) zu der einen oder anderen Gattung ermöglichte.

Die herrschende Meinung (Wilda, Dernburg, Windscheid) erblickte dieses Unterscheidungsmerkmal in der Absicht der Beteiligten. Ließen die Beteiligten Gewinn und Verlust davon abhängen, daß eine gewisse von einer Seite aufgestellte, von der anderen bestrittene Behauptung sich als wahr oder unwahr erwiese, so liege eine Wette vor; in allen anderen Fällen, insbesondere, wenn die Absicht der Parteien lediglich darauf gerichtet sei, dem Gegner Geld abzugewinnen, oder einen Zeitvertreib zu haben, liege Spiel vor. Das Motiv des Wettvertrags sei also Rechthaberei, das des Spielvertrags Spiel- oder Unterhaltungslust.

Andere dagegen (Thöl, Stobbe) fanden das Unterscheidungsmerkmal darin, ob die Beteiligten auf die Entscheidung durch ihre Thätigkeit einwirken; dann liege Spiel, sonst Wette vor.[1])

Das BGB. hat die praktische Bedeutung dieser berühmten Streitfrage durch die völlige Gleichstellung von Spiel, Wette und Differenzgeschäft (S. 782) für das bürgerliche Recht[2]) beseitigt.

---

[1]) Thöl bildete das berühmte Beispiel: A. und B. finden zwei Schnecken. Jeder verpflichtet sich, dem Anderen 1000 Mk. zu zahlen, wenn die von ihm bezeichnete Schnecke früher an einem bestimmten Ziel ankäme, als die des Gegners. Dies sei Spiel, wenn die Beteiligten die Schnecken auf einen Tisch setzten, über den sie kriechen müßten — Wette, wenn sie den Vertrag über die auf der Erde kriechend vorgefundenen und daselbst belassenen Schnecken abschlössen. Ebenso wären die Verträge der Reiter mit dem Totalisator Spiel, die des übrigen Publikums Wette.

[2]) Dagegen ist die Unterscheidung des Spiels von der Wette für

Digitized by Google

b. Geschichtliche Entwickelung.

1. Römisches Recht.[3])

Das rR. behandelte Glücksspiele grundsätzlich als verboten und nichtig.[4]) Spielschulden waren unklagbar und konnten (l. 1 C. 3, 43), selbst wenn sie freiwillig gezahlt waren, 50 Jahre lang zurückgefordert werden. Für Verkäufe zur Ermöglichung des Weiterspielens fand keine Eviktionsleistung statt (l. 2 § 1 D. 44, 5).

Wetten (sponsiones) waren dagegen erlaubt und unter dem Gesichtspunkte des Innominatkontrakts klagbar (vgl. l. 17 § 5 D. 19, 5). Wettverträge spielten insbesondere im älteren Civilprozeß eine große Rolle (sacramentum, sponsio, I, 266, 279).

2. Gemeines Recht.

Das rR. hat sich bei seiner Aufnahme in Deutschland der deutschen Anschauung[5]) angepaßt, daß das im Spiele

---

das Strafrecht nach wie vor erforderlich; denn strafbar ist nur das Glücksspiel gemäß StGB. §§ 284 („wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht"), 285 („der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt . . ."), 360[14] (. . . „wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält".) Das Reichsgericht hat das Buchmachen (Vermittelung von Wetten bei Rennen) und den Betrieb des Totalisators als Spiel bezeichnet.

[3]) Digestentitel 11, 5: **De aleatoribus**; Codextitel 3,43: **De aleae lusu et aleatoribus.** Von den 3 **leges** des Codextitels sind die ersten beiden erst aus den Basiliken wiederhergestellt (**leges restitutae**, I, 146), die dritte ist nicht glossiert. Alle drei hatten also keine gemeinrechtliche Bedeutung.

[4]) Erlaubt waren nur:

a. Kampfspiele „**virtutis causa**" l. 2 § 1 D. 11, 5 (vgl. auch l. 1 C. 3, 43, wonach 5 — ihrer Art nach unbekannte — Spiele um höchstens 1 Solidus erlaubt sein sollten);

b. Unterhaltungsspiele um das „**quod in convivio vescendi causa ponitur**" (l. 4 pr. D. 11, 5).

[5]) Vgl. schon die berühmte Stelle aus Tazitus' **Germania** c. 24: „**aleam, quod mirere, sobrii inter seria exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate, ut cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate ac de corpore contendant.**

Digitized by Google

Verlorene nicht zurückgefordert werden dürfe (II, 508, „Spielschulden sind Ehrenschulden"). Die Spielschuld wurde hiernach im GemR. ein Hauptfall der sog. natürlichen Verbindlichkeiten (S. 169), d. h. sie war zahlbar, wenn auch nicht klagbar oder durch Aufrechnung einziehbar. Wetten waren auch nach GemR. klagbar.[6]) Manche erklärten unmäßig hohe Wetten (Überwetten) für nicht rechtsverbindlich oder gewährten dem Richter ein Herabsetzungsrecht.

c. Grundsätze des BGB.

Das BGB. stellt Spiel und Wette einander völlig gleich.

1. Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann aber nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (§ 762 Abs. 1). Das bedeutet:

---

victus voluntariam servitutem adit: quamvis juvenior, quamvis robustior adligari se ac venire patitur. ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant". Nach dem Sachsenspiegel I, 6 § 2 (vgl. III, 6 §§ 1, 2) waren Spielschulden gültig, verpflichteten aber den Erben nicht: Dûbe noch roub noch topelspiel (Würfelspiel) en (nicht) ist her (der Erbe) phlichtig zu geldene (vergüten). Später wurde das „Spielen auf Borg" verboten und unklagbar. Das sofort Bezahlte verblieb aber dem Gewinner.

[6]) Das ALR. bestimmte:

a. Wegen Spielschulden fand keine gerichtliche Klage statt. Was aber jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hatte, konnte er nicht zurückfordern (I, 11 §§ 577, 578).

b. Auch wegen Wetten war eine gerichtliche Klage nur alsdann zulässig, wenn die Wettsumme sogleich bar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt wurde (§ 579). Wetten waren ungültig, wenn ein Teil von der Gewißheit des Gegenstands der Wette unterrichtet war und dieses dem anderen nicht angezeigt hatte (§ 580, sog. „Wetten à coup sûr").

c. Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlusts, verlangt und verliehen wurden, konnten nicht gerichtlich eingeklagt werden (§ 581, in Anschluß an eine gemeinrechtliche, auf l. 12 § 11 D. 17, 1 und l. 2 § 1 D. 44, 5 gestützte Ansicht).

Digitized by Google

α. Spiel- und Wettschulden sind keine rechtsverbindlichen Schulden. Sie können nicht eingeklagt und ebensowenig zur Aufrechnung benutzt werden. Denn diese setzt nach § 387 (S. 273) voraus, daß zwei Personen einander Leistungen „schulden". Die Unverbindlichkeit muß von Amtswegen berücksichtigt werden; es kann also zB. auf eine ausdrücklich auf Spiel gestützte Klage kein Versäumnisurteil ergehen. Spiel- und Wettschulden können auch nicht die Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts (S. 162), einer Bürgschaft, einer Pfandbestellung oder eines Vergleichs bilden.

β. Andererseits aber besteht zwischen dem Spielschuldner und dem Spielgläubiger immerhin ein Schuldverhältnis. Denn sonst wäre es unverständlich, daß der Spieler die auf die als Nichtschuld bezeichnete Spielschuld erfolgte Leistung nicht nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern darf.[7]) Es liegt also eine „klaglose aber zahlbare", d. h. eine natürliche Verbindlichkeit (S. 173) vor.

γ. Selbstverständlich kann der Spiel- oder Wettvertrag aber nach allgemeinen Grundsätzen auch völlig nichtig sein, und alsdann kann eine daraufhin erfolgte Zahlung zurückgefordert werden; denn § 762 schließt nur eine condictio indebiti aus, die darauf gegründet wird, daß der Zahlende die Schuld als Spiel- oder Wettschuld nicht habe zu zahlen brauchen. Eine solche Nichtigkeit liegt insbesondere vor, wenn der Spielvertrag gegen ein Verbotsgesetz (StGB. § 284, S. 781[2]) verstieß (BGB. §§ 134, 817) oder der Zahlende geschäftsunfähig war. Die condictio indebiti ist ferner dann zulässig, wenn sie auf Zwang oder Betrug (Falschspielen, Wetten à coup sûr, S. 782[6]) gegründet wird.

---

[7]) Nach § 814 kann eine in Kenntnis der Nichtverpflichtung geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden. Nach § 762 dagegen kann die Bezahlung einer Spielschuld selbst dann nicht zurückgefordert werden, wenn sie in Unkenntnis der Nichtverpflichtung erfolgte, zB. in Rechtsirrtum oder durch Erben des Spielers, die keine Kenntnis davon hatten, daß die von ihnen bezahlte Schuld einem Spielvertrag entstammte.

Digitized by Google

2. Eine Spiel- oder Wettschuld soll nach § 762 Abs. 2 nur durch wirkliche Zahlung erfüllt, nicht aber dadurch verbindlich werden können, daß der verlierende Teil dem gewinnenden gegenüber zum Zwecke der Erfüllung (im Wege einer Umwandelung, S. 243) eine neue (abstrakte) Verbindlichkeit eingeht, insbesondere ein Schuldanerkenntnis (S. 187[9]) abgiebt, einen Wechsel acceptiert, eine Grundschuld bestellt.[8])

3. Im Gegensatze zum ALR. (S. 526) enthält das BGB. keine Vorschriften über das Darlehen zu Spielzwecken. Der Darlehnsvertrag ist also verbindlich, wenn er nicht (wegen Unsittlichkeit, als wucherlich, für ein verbotenes Spiel usw.) nach allgemeinen Grundsätzen nichtig ist.

§ 153. Lotterie- und Ausspielvertrag.

a. Begriff.

Beim Lotterievertrage steht einem „Unternehmer" eine große Zahl von „Spielern" gegenüber, mit denen

---

[8]) Eine Spielschuld wird auch dadurch nicht verbindlich, daß der Schuldner dem Gläubiger einen Titel zur Zwangsvollstreckung verschafft, etwa dadurch, daß er den auf das abstrakte Schuldanerkenntnis gestützten Anspruch vor Gericht anerkennt oder darüber einen gerichtlichen Vergleich schließt. Er könnte in diesem Falle den Schuldtitel noch in der Vollstreckungsinstanz im Wege einer Einwandsklage (I, 551) beseitigen.

Wird freilich die Spielschuld in eine Skripturobligation (III, 369[3] umgewandelt, so kann der Aussteller sich dritten redlichen Inhabern gegenüber auf den ursprünglichen Entstehungsgrund nicht berufen. Wenn zB. A. für eine Spielschuld an B. einen von diesem an eigene Order gezogenen Wechsel acceptiert und B. den Wechsel dem redlichen C. indossiert, so kann A. der Klage des C. den Einwand nicht entgegensetzen, daß der Wechsel für eine Spielschuld acceptiert ist. Denn dieser Einwand geht weder aus dem Wechselrechte hervor, noch steht er dem A. unmittelbar gegen C. zu; nur solcher Einreden aber kann sich der Wechselschuldner nach WO. Art. 82 bedienen. Anders natürlich wenn C. nur „stiller Prokuraindossatar" des B. ist (III, 423).

Das Gleiche gilt, wenn A. für den Betrag der Spielschuld auf seinem Grundstück eine Grundschuld zu Gunsten des B. eintragen läßt und B. diese dem redlichen C. abtritt. Dann ist C. durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (V, 631) geschützt.

Digitized by Google

er gleichartige Verträge folgenden Inhalts abschließt: Jeder Spieler zahlt einen bestimmten Betrag (Einsatz) und erhält darüber einen urkundlichen Ausweis (Los). Der Unternehmer verpflichtet sich, nach Maßgabe eines „Lotterieplans" Leistungen in gewisser Höhe an einzelne, in einer durch den Lotterieplan bestimmten Weise (durch Auslosung) zu ermittelnde Spieler zu zahlen. Bei den in Deutschland üblichen Lotterieverträgen[1]) ist der Lotterievertrag nur auf

---

[1]) In Deutschland ist nur die sog. Nummernlotterie üblich. Hierbei erhält jeder Spieler eine Nummer, deren Anzahl durch den Spielplan bekannt ist. Durch eine „Ziehung" wird bestimmt, welche Nummern die im Spielplane festgestellten Gewinne erhalten. Bei den Staatslotterien ist dem Publikum die Beteiligung dadurch erleichtert, daß außer ganzen Losen auch Anteile ausgegeben werden und daß die Einsätze nicht auf einmal, sondern in mehreren Abschnitten gezahlt werden, während andererseits die Gewinne auch nicht auf einmal, sondern in mehreren „Klassen" verlost werden, so aber, daß die Gewinnhoffnung sich nach Zahl und Höhe der Gewinne von Klasse zu Klasse steigert (sog. holländische Klassenlotterie).

Der Nummernlotterie steht die in Österreich, Ungarn und Italien als Staatslotterie betriebene Zahlenlotterie (Lotto) gegenüber. Hierbei ist nicht, wie bei der Nummernlotterie, die Zahl der Lose und der Einsatz sowie die Zahl und Höhe der Gewinne von vornherein durch den Lotterieplan bestimmt. Vielmehr setzt hierbei der Spieler auf eine oder mehrere Nummern der Zahlen 1—90 Einsätze in beliebiger Höhe. Bei der Ziehung werden 5 dieser Zahlen gezogen. Die Spieler, die die herausgekommenen Zahlen besetzt haben, erhalten Gewinne bestimmter Höhe. Es können entweder einzelne Nummern oder Nummernreihen zu 2 (Amben), 3 (Ternen), 4 (Quaternen) oder 5 (Quinternen) Nummern besetzt werden. Der Gewinn vervielfacht sich mit der Anzahl der richtig besetzten Nummern. Das Lotto ist in Genua aufgekommen. Hier wurden bei der Ergänzung des Großen Rats aus 90 Namen 5 ausgelost; hierbei wurden auf die auszulosenden Namen Wetten angestellt. Später wurden die Namen durch Nummern ersetzt.

Eine besondere Art der Klassenlotterie sind die sog. Prämienanleihen (S. 544), bei denen eine eigentümliche Geschäftsart üblich ist, sog. Heuer- oder Promessengeschäft. Hierbei verpflichtet sich die eine Partei (Verheuerer) der anderen (Heuerer) gegen eine von dieser zu entrichtende feste Vergütung (Prämie) den Gewinn auszuzahlen, der bei einer gewissen Ziehung auf ein bestimmtes Prämienlos entfallen sollte. Es handelt sich hierbei also um einen Hoffnungskauf (S. 379), nicht um Spiel. Das Geschäft ist zwar

Digitized by Google

seiten der Spieler ein gewagtes Geschäft. Denn diese können ihren Einsatz völlig verlieren („Niete"), aber auch das Vielfache davon gewinnen. Dagegen ist der Lotterievertrag auf der Seite des Unternehmers kein gewagtes Geschäft, mindestens dann nicht, wenn er sämtliche Lose absetzt. Denn er erhält durch die Einsätze eine bestimmte Summe, von der er nur einen Teil zu den Gewinnen verwendet.

Bestehen die Gewinne nicht in Geld, sondern in besonders bezeichneten Sachen (Vieh, Wagen, Kunstgegenstände), so spricht man von Ausspielvertrag.

b. Grundsätze des BGB.

Nach § 763 ist zu unterscheiden, ob die Lotterie (oder die ihr in allem gleichstehende Ausspielung) staatlich genehmigt ist oder nicht.

1. Ist die Lotterie staatlich genehmigt,[2]) so ist der Lotterievertrag verbindlich. Es kann also der Unternehmer auf Zahlung des Einsatzes (anders nach ALR. I, 11 § 558, wonach nur Aufrechnung gegen einen etwaigen Gewinn zulässig war), der Spieler auf Vornahme der Auslosung zu der im Spielplane festgesetzten Zeit und auf Aus-

---

in Preußen bei Strafe verboten (Kabinetsorder vom 27. Juni 1837), aber civilrechtlich nicht nichtig. Hat der Verheuerer das Verfügungsrecht über das verheuerte Los, so spricht man von reellem, sonst von unreellem Promessengeschäft.

[2]) Außer den zahllosen Ausstellungs- und Wohlthätigkeitslotterien bestehen in Deutschland in verschiedenen Staaten (Preußen, Sachsen, Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Hamburg) Staatslotterien, sämtlich als Klassenlotterieen.

Die Preußische Staatslotterie beruht auf dem Lotterieedikte vom 28. Mai 1810. Sie wird zweimal jährlich in 4 Klassen gespielt, hat seit einer 1886 vorgenommenen Erhöhung 190000 Lose und bringt einen Jahresertrag von etwa 10½ Millionen Mk., da der Fiskus von jedem Gewinn etwa 15% abzieht.

Das Reich erhebt übrigens von jeder im Reichsgebiete veranstalteten Lotterie oder Ausspielung (auch vom Totalisator) eine Stempelabgabe von 10% des Nennwerts aller Lose (Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894 § 20). Der Lotteriestempel soll zwecks Deckung der Kosten der Flottenerweiterung erhöht werden.

Digitized by Google

zahlung des Gewinns klagen. Auch sind Gesellschaftsverträge zum gemeinschaftlichen Lotteriespiele gültig.[3])

---

[3]) Die Staaten, die Staatslotterieen betreiben, suchen den Vertrieb der Lose dadurch zu erleichtern, daß sie das Spielen in auswärtigen Lotterieen unter Strafe stellen. So erging insbesondere in Preußen das Gesetz vom 29. Juli 1885 betr. das Spiel in außerpreußischen Lotterieen, wonach das Spielen in solchen Lotterieen, die nicht mit Königlicher Genehmigung in Preußen zugelassen sind, mit Geldstrafe bis 600 Mk., der Vertrieb von Losen dazu mit Geldstrafe bis 1500 Mk. und die Veröffentlichung der Gewinnresultate von solchen Lotterieen in den in Preußen erscheinenden Zeitungen mit Geldstrafe bis 50 Mk. bestraft wird.

a. Schon vor dem 1. Januar 1900 war die civilrechtliche und strafrechtliche Bedeutung derartiger Lotteriegesetze streitig. Olshausen und v. Liszt hielten das PrG. vom 29. Juli 1885 (und ein ähnliches sächsisches Gesetz vom 4. Dezember 1837) für ungültig, weil die „Materie" des Lotteriespiels (I, 104[3]) im Sinne des EGStGB. § 2 durch StGB. § 286 reichsrechtlich geordnet und daher für Landesstrafrecht insoweit kein Platz mehr sei. Das Reichsgericht dagegen erklärte in ständiger Praxis die Lotteriegesetze strafrechtlich für wirksam, während hinsichtlich der civilrechtlichen Folgen eines verbotswidrigen Spielens in auswärtigen Lotterien widersprechende Entscheidungen ergingen, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob Gesellschaftsverträge zum Spiel in nicht zugelassenen Lotterieen nichtig seien (III, 482[1]) und ob der Pr. Fiskus einen von einem Preußen erlangten Gewinn mittels der durch ALR. I, 16 § 173 gewährten condictio ob injustam causam an sich ziehen dürfe (III, 482[1]).

b. Auch für das geltende Recht ist die Frage streitig. Es fragt sich hierbei, ob die in BGB. § 763 vorausgesetzte Genehmigung seitens eines Bundesstaats nur für dessen Gebiet gilt (so Cosack), oder für das ganze Reich, ähnlich wie ein Verein, dem auf Grund des § 22 die Rechtsfähigkeit seitens eines Bundesstaats verliehen sei, für das ganze Deutsche Reich rechtsfähig sei und wie die von einem Bundesstaat erteilte Befugnis zur Ausgabe von Inhaberpapieren (§ 795) sich auf das ganze Reich erstrecke. Unter den Anhängern der letzteren Meinung lassen einige (Planck) die Lotterieverbote wenigstens strafrechtlich bestehen, während sie den gegen das Verbot vorgenommenen Geschäften civilrechtlich volle Wirksamkeit beilegen; andere (Endemann) erachten auch die strafrechtlichen Vorschriften der Lotterieverbote für beseitigt, weil die Einzelstaaten nicht Geschäfte bestrafen könnten, die reichsrechtlich (durch BGB. § 763) für vollgültig erklärt seien.

Plancks Ansicht dürfte richtig sein. § 763 erklärt jeden „staatlich genehmigten" Lotterievertrag für verbindlich. Daß diese Verbindlichkeit sich auf das Gebiet des genehmigenden Staats beschränke,

Digitized by Google

2. Ist die Lotterie nicht genehmigt, so gilt sie als Spiel; d. h. es wird durch den Lotterievertrag für keinen Teil eine Verbindlichkeit begründet, eine auf Grund desselben bewirkte Leistung kann jedoch nicht zurückgefordert werden, es sei denn, daß der Lotterievertrag an sich nichtig ist.[4])

§ 154. Das Differenzgeschäft.

a. Begriff.

Ein Differenzgeschäft liegt vor, wenn ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag (Lieferungskauf, S. 376[4]) in der Absicht geschlossen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll.

Man spricht von:

1. reinem Differenzgeschäfte, wenn „effektive" Lieferung vertragsmäßig ausgeschlossen ist; und von

---

hätte zum Ausdrucke gebracht werden müssen. Andererseits folgt aus der civilrechtlichen Gültigkeit der Lotterieverträge nicht, daß die aus polizeilichen und fiskalischen Gründen erlassenen Verbote auch in strafrechtlicher Hinsicht hinfällig sind. Ebenso sind zB. die ohne Wandergewerbeschein vorgenommenen Hausiergeschäfte und die S. 785[1] besprochenen Promessen civilrechtlich gültig, aber strafbar. Auf diesen Standpunkt hat sich auch das Kammergericht gestellt.

Nach einem PrG. vom 18. August 1891 betr. das Verbot des Privathandels mit Staatslotterielosen wird mit Geldstrafe von 100—1500 Mk. bestraft, „wer ohne staatliche Ermächtigung gewerbsmäßig Lose oder Losabschnitte der Königlich Preußischen Staatslotterie oder Urkunden, durch welche Anteile an solchen Losen oder Losabschnitten zum Eigentum oder zum Gewinnbezug übertragen werden, feilbietet oder veräußert oder zeitweise an einen Anderen überläßt".

[4]) ZB. wenn er gegen das RG. vom 8. Juni 1871 betr. die Inhaberpapiere mit Prämien (S. 544) oder das Abzahlungsgesetz vom 16. Mai 1894 § 7 (S. 30[3]) verstößt. Dagegen folgt aus der aus polizeilichen und fiskalischen Gründen durch StGB. § 286 angedrohten Bestrafung der Veranstaltung von Lotterieen ohne obrigkeitliche Erlaubnis noch nicht ohne weiteres, daß derartige Lotterieverträge auch civilrechtlich nichtig sind (**lex minus quam perfecta**, vgl. auch Anm. 3).

Digitized by Google

2. verdecktem Differenzgeschäfte, wenn die wirkliche Lieferung zwar nicht durch Vertragsabrede ausgeschlossen ist, aber beide Teile — oder wenigstens der eine unter Kenntnis und Billigung des anderen — die Absicht haben, den geschlossenen Lieferungskauf nur durch Differenzzahlung zu erledigen.

b. Rechtliche Behandlung.

Die rechtliche Behandlung der Differenzgeschäfte war bisher äußerst streitig. Sie werden — besonders an der Börse — vielfach zu Spielzwecken abgeschlossen; sie können aber auch einen durchaus berechtigten wirtschaftlichen Zweck verfolgen, so wenn Getreidehändler A. im Mai 1000 Ctr. Weizen nächster Ernte per Ultimo September an den Müller B. verkauft und, um nicht allzu großen Verlusten ausgesetzt zu sein, sich bei C. „deckt", d. h. von C. 1000 Ctr. Weizen per Ultimo September kauft, aber Effektivlieferung ausschließt.

Das Reichsgericht hatte anfänglich nur das reine, nicht auch das verdeckte Differenzgeschäft als Spiel behandelt und daher für klaglos erklärt. Später hat es jedoch den Spieleinwand auch gegen solche Lieferungskaufgeschäfte zugelassen, bei denen — was in Wirklichkeit kaum jemals vorkommt — die Effektivlieferung nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber aus den Umständen (besonders der Größe des Geschäfts im Vergleiche zu den Vermögensverhältnissen der Beteiligten) zu entnehmen war, daß Regulierung nicht durch wirkliche Lieferung und Abnahme, sondern lediglich durch Differenzzahlung beabsichtigt war.

Diese Praxis ist jetzt reichsgesetzlich gebilligt. Es ist jedoch zu unterscheiden:[1])

[1]) Nach dem Erlasse des BGB. wurde es streitig, ob durch BGB. § 764 als das spätere Reichsgesetz die §§ 48 ff. des Börsengesetzes beseitigt seien. Zur Entscheidung dieser Streitfrage wurde durch EGHGB. Art. 14 IVa. dem § 69 des Börsengesetzes (S. 790) als Abs. 2 hinzugefügt: „Diese Vorschrift wird durch die Vorschrift des § 764 BGB. nicht berührt". Sonach gilt das Börsengesetz für die Differenzgeschäfte, die „offizielle Börsentermingeschäfte" sind, während für die (seltenen) sonstigen Differenzgeschäfte BGB. § 764 zur Anwendung kommt.

Digitized by Google

1. Nach BGB. § 764 ist das reine wie das verdeckte Differenzgeschäft als Spiel anzusehen. Das Differenzgeschäft ist also klaglos, und dies muß von Amtswegen berücksichtigt werden; es bedarf nicht der Geltendmachung eines „Differenzeinwands". Freiwillige Erfüllung gilt aber nicht als Zahlung einer Nichtschuld und kann nicht mit dieser Begründung zurückgefordert werden.

2. Besonderes gilt jedoch nach dem Börsengesetze vom 22. Juni 1896 §§ 48 ff. für die sog. offiziellen Börsentermingeschäfte. Dies sind Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte über Waren oder Wertpapiere, die den folgenden drei Voraussetzungen entsprechen:

sie müssen Fixgeschäfte (S. 72[30]), d. h. auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist vereinbart sein;

sie müssen ferner nach Geschäftsbedingungen (Börsenusancen) geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande (S. 806) für den Terminhandel festgesetzt sind;

es muß endlich für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen (Kursnotiz) erfolgen.

Für solche Börsentermingeschäfte gilt nicht BGB. § 764, sondern es ist zu unterscheiden, ob die Beteiligten in das Börsenregister und zwar für den betreffenden Geschäftszweig (für Waren oder für Wertpapiere, S. 810) eingetragen sind oder nicht.

α. Durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen sind, wird ein Schuldverhältnis nicht begründet. Die Unwirksamkeit erstreckt sich auf die bestellten Sicherheiten und die abgegebenen Schuldanerkenntnisse. Eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt (Börsengesetz § 66). Es gilt also das Gleiche wie nach BGB. § 764.

β. Sind dagegen beide Beteiligte in das Börsenregister eingetragen, so kann gegen Ansprüche aus Börsentermin-

Digitized by Google

geschäften ein Einwand nicht darauf gegründet werden, daß die Erfüllung durch Lieferung der Waren oder Wertpapiere vertragsmäßig ausgeschlossen war (§ 69).

γ. In Ansehung von Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben, ist die Eintragung in das Börsenregister zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich (§ 68).[2])

Anhang zum 17. Titel.

§ 155. Versicherungswesen.

a. Begriff der Versicherung.

Jemanden gegen ein Ereignis versichern, bedeutet allgemein, ihm für den Fall des Eintritts eines zukünftigen ungewissen Ereignisses eine Leistung versprechen, durch die ein durch dieses Ereignis herbeigeführter Vermögensnachteil ausgeglichen werden soll. In diesem umfassenden Sinn ist auch die Verbürgung (unten § 157) und die Übernahme einer Garantie (Zusicherung des Einstehens für einen Schaden, der aus einem bestimmten Geschäft erwachsen könnte, zB. Zeichnung zu dem Garantiefonds für eine Ausstellung oder Eisenbahn) eine Versicherung.[1]) Der Sprachgebrauch beschränkt jedoch diesen Ausdruck in doppelter Beziehung.

1. Von Versicherung spricht man nur, wenn der Eintritt des Ereignisses, sei es überhaupt (Feuerversicherung), sei es hinsichtlich der Zeit (Lebensversicherung auf den

[2]) Nach KO. § 240[1] werden wegen einfachen Bankerutts bestraft Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wenn sie „durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind".

[1]) Ebenso nach rR. das foenus nauticum (S. 538 und Anm. 2) und nach deutschem Rechte der Geleitsvertrag. Bei letzterem übernimmt jemand gegen Entgelt das Geleit eines Anderen durch unsicheres Gebiet, wobei er für den dem Geleiteten durch Feinde oder Räuber zugefügten Schaden einzustehen verspricht (Sachsenspiegel II, 27 § 2).

Digitized by Google

[illegible] aber von dem Übernehmer [illegible] auf seine durch- [illegible] abgeschätzt werden [illegible]

[illegible] man ferner nur, wenn [illegible] für die Übernahme des [illegible] des Eintritts des Ereignisses ein [illegible]

[illegible] im eigentlichen Sinne liegt also [illegible] das von ihm übernommene [illegible] der Wahrscheinlichkeit über- [illegible] des ihm zu zahlenden Entgelts [illegible]

1. [illegible]

Das [illegible] eines planmäßigen [illegible] Tag ger werden schon in Kapitularien [illegible] erwähnt, deren Teilnehmer [illegible] gemeinsam zu tragen, [illegible] oder Brand treffen [illegible] bildete sich in Entwickelung [illegible] die Seeversicherung aus (z.B. [illegible] und Havarieordnung 1731), der [illegible] nachgebildet wurde.

Das für die Gegenwart äußerst wichtige Versicherungswesen ist auch gegenwärtig (hinsichtlich der vertragsmäßigen Versicherungen, S. 793) nur bezüglich der Seeversicherung reichsrechtlich geordnet durch das HGB. Buch IV Abschnitt 10 §§ 778 ff. (Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt; wortlich übereinstimmend mit altem HGB. Art. 782 ff.).

---

[2]) Beim foenus nauticum erhält der Darlehnsnehmer, wie S. 538 dargelegt, die Geldsumme mit der Maßgabe, daß er sie nur bei glücklicher Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen zurückzuzahlen braucht. Für die hierdurch dem Darleiher erwachsende Gefahr des Verlusts erhält er eine höhere Verzinsung. Im Seehandel des Mittelalters wurde nun bisweilen nicht vor Antritt der Reise ein Geldbetrag gegeben, auf dessen Rückgabe beim Eintritt eines Seeunfalls verzichtet wurde, sondern umgekehrt versprochen, daß erst [illegible] eines Seeunfalls eine Geldsumme gezahlt

Die Binnenversicherung dagegen ist landesrechtlich[8]) geordnet und untersteht nur der für alle Versicherungen geltenden, reichsrechtlichen Norm, daß als Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb gilt, der zum Gegenstande hat die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie (HGB. § 1[8], nicht auch auf Gegenseitigkeit, s. u.). Vgl. ferner StGB. § 360[9] und RGO. §§ 6, 14 (unten S. 796[7]); endlich StGB. §§ 265 (Versicherungsbetrug) und 277—279 (Täuschung von Versicherungsgesellschaften durch unrichtige ärztliche Zeugnisse).

Dieser Mangel reichsrechtlicher Normen ist jedoch von geringer praktischer Bedeutung; denn die Versicherungsverträge werden in fast allen Fällen unter Zugrundelegung formularmäßiger Versicherungsbedingungen geschlossen, die als „leges contractus" das Vertragsverhältnis beherrschen.

c. Arten der Versicherung.

Die Versicherungen werden eingeteilt:

1. Nach dem Rechtsgrund in freiwillige (vertragsmäßige) Versicherungen und Zwangsversicherungen. Zu diesen gehören zB. die III, 209 besprochenen, dem öffentlichen Recht angehörenden sozialpolitischen Versicherungen.[4]) Vielfach (zB. in Berlin) sind auch alle Eigentümer von Gebäuden ohne weiteres Mitglieder der für einen bestimmten Bezirk gebildeten öffentlichen Feuerversicherungsanstalt.

2. Nach der Art der Berechnung des vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Entgelts in Versicherungen gegen Prämie und Versicherungen auf Gegenseitigkeit.

---

werden sollte. Aus den Zinsen des Seedarlehens wurde die Prämie der Seeversicherung.

[3]) In Preußen gilt zB. ALR. II, 8 Abschnitt 13 (Von Versicherungen), ergänzt durch das PrG. vom 8. Mai 1837 über das Mobiliarfeuerversicherungswesen und vom 17. Mai 1853 betr. den Geschäftsverkehr der Versicherungsanstalten. Vgl. EGBGB. Art. 75.

[4]) Hierbei muß man aber noch unterscheiden: Bei der Kranken- und Unfallversicherung sind die beteiligten Arbeitnehmer kraft Gesetzes versichert, ohne Rücksicht darauf, ob sie Beiträge bezahlt haben oder nicht. Bei der Invalidenversicherung dagegen ist die Erlangung einer Rente von der Zahlung der Beiträge abhängig (III, 211[10]).

Digitized by Google

Todesfall), zwar ungewiß ist, aber von dem Übernehmer der Versicherung (dem Versicherer) auf seine durchschnittliche Wahrscheinlichkeit abgeschätzt werden kann.

2. Von Versicherung spricht man ferner nur, wenn der Versicherungsnehmer für die Übernahme des Schadensersatzes im Falle des Eintritts des Ereignisses ein Entgelt (Prämie) verspricht.

Eine Versicherung im eigentlichen Sinne liegt also nur vor, wenn der Versicherer das von ihm übernommene „Risiko" nach dem Grundsatze der Wahrscheinlichkeit übersehen und danach die Höhe des ihm zu zahlenden Entgelts berechnen kann.

b. Versicherungsrecht.

Das rR. zeigt keinerlei Spuren eines planmäßigen Versicherungswesens. Dagegen werden schon in Kapitularien Karls d. Gr. Vereinigungen erwähnt, deren Teilnehmer einander versprachen, den Schaden gemeinsam zu tragen, der einen von ihnen durch Schiffbruch oder Brand treffen sollte. Im späteren Mittelalter bildete sich in Entwickelung des foenus nauticum[2]) zuerst die Seeversicherung aus (zB. Hamburgische Assekuranz- und Havarieordnung 1731), der dann die Binnenversicherung nachgebildet wurde.

Das für die Gegenwart äußerst wichtige Versicherungswesen ist auch gegenwärtig (hinsichtlich der vertragsmäßigen Versicherungen, S. 793) nur bezüglich der See versicherung reichsrechtlich geordnet durch das HGB. Buch IV Abschnitt 10 §§ 778 ff. (Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt; wörtlich übereinstimmend mit altem HGB. Art. 782 ff.).

---

[2]) Beim foenus nauticum erhält der Darlehnsnehmer, wie S. 538 dargelegt, die Geldsumme mit der Maßgabe, daß er sie nur bei glücklicher Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen zurückzuzahlen braucht. Für die hierdurch dem Darleiher erwachsende Gefahr des Verlusts erhält er eine höhere Verzinsung. Im Seehandel des Mittelalters wurde nun bisweilen nicht vor Antritt der Reise ein Geldbetrag gegeben, auf dessen Rückgabe beim Eintritt eines Seeunfalls verzichtet wurde, sondern umgekehrt versprochen, daß erst beim Eintritt eines Seeunfalls eine Geldsumme gezahlt

Digitized by Google

Die Binnenversicherung dagegen ist landesrechtlich[3]) geordnet und untersteht nur der für alle Versicherungen geltenden, reichsrechtlichen Norm, daß als Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb gilt, der zum Gegenstande hat die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie (HGB. § 1[8], nicht auch auf Gegenseitigkeit, s. u.). Vgl. ferner StGB. § 360[9] und RGO. §§ 6, 14 (unten S. 796[7]); endlich StGB. §§ 265 (Versicherungsbetrug) und 277—279 (Täuschung von Versicherungsgesellschaften durch unrichtige ärztliche Zeugnisse).

Dieser Mangel reichsrechtlicher Normen ist jedoch von geringer praktischer Bedeutung; denn die Versicherungsverträge werden in fast allen Fällen unter Zugrundelegung formularmäßiger Versicherungsbedingungen geschlossen, die als „leges contractus" das Vertragsverhältnis beherrschen.

c. Arten der Versicherung.

Die Versicherungen werden eingeteilt:

1. Nach dem Rechtsgrund in freiwillige (vertragsmäßige) Versicherungen und Zwangsversicherungen. Zu diesen gehören zB. die III, 209 besprochenen, dem öffentlichen Recht angehörenden sozialpolitischen Versicherungen.[4]) Vielfach (zB. in Berlin) sind auch alle Eigentümer von Gebäuden ohne weiteres Mitglieder der für einen bestimmten Bezirk gebildeten öffentlichen Feuerversicherungsanstalt.

2. Nach der Art der Berechnung des vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Entgelts in Versicherungen gegen Prämie und Versicherungen auf Gegenseitigkeit.

---

werden sollte. Aus den Zinsen des Seedarlehens wurde die Prämie der Seeversicherung.

[3]) In Preußen gilt zB. ALR. II, 8 Abschnitt 13 (Von Versicherungen), ergänzt durch das PrG. vom 8. Mai 1837 über das Mobiliarfeuerversicherungswesen und vom 17. Mai 1853 betr. den Geschäftsverkehr der Versicherungsanstalten. Vgl. EGBGB. Art. 75.

[4]) Hierbei muß man aber noch unterscheiden: Bei der Kranken- und Unfallversicherung sind die beteiligten Arbeitnehmer kraft Gesetzes versichert, ohne Rücksicht darauf, ob sie Beiträge bezahlt haben oder nicht. Bei der Invalidenversicherung dagegen ist die Erlangung einer Rente von der Zahlung der Beiträge abhängig (III, 211[10]).

Digitized by Google

α. Bei der Versicherung gegen Prämie übernimmt der Versicherer — der durch gewerbsmäßigen Abschluß derartiger Verträge zum Kaufmanne wird, HGB. § 1[3] — gegenwärtig meist eine Aktiengesellschaft, gegen eine festbestimmte Geldsumme, eben die Prämie, die Gefahr auf eigene Rechnung.

β. Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit besteht zwischen allen Versicherten ein Verein, der meist durch Verleihung mit den Rechten einer juristischen Person ausgestattet ist (so allgemein in Preußen, Allerhöchster Erlaß vom 27. Dezember 1899). Sämtliche die Vereinsmitglieder treffenden Schäden eines gewissen Zeitraums (des Geschäftsjahrs) werden auf die Mitglieder nach Maßgabe der Höhe ihrer Beteiligung umgelegt („repartiert"). Um Mittel zur sofortigen Regelung der Schäden zu haben, muß zwar auch hier jeder Teilnehmer für jedes Jahr eine bestimmte Prämie zahlen. Wird jedoch der Gesamtbetrag der Prämien durch den Gesamtbetrag der Schäden nicht erreicht, so erhält das Mitglied einen entsprechenden Teil als „Dividende" (meist durch Anrechnung auf die Prämie des nächsten Geschäftsjahrs) zurück, während es umgekehrt zu Nachschüssen verpflichtet ist.

3. Nach dem Gegenstand und der Art der Gefahr in die Schadensversicherung und in die Personen- oder Summenversicherung.

α. Die Schadensversicherung bezweckt den Ersatz eines unmittelbar durch das versicherte Ereignis herbeigeführten Vermögensschadens.[5]) Da diese Art der Versicherung lediglich den eingetretenen Vermögensnachteil ausgleichen, nicht aber zu einem Gewinne führen soll, ist ohne rechtliche Geltung die Versicherung über den Wert der versicherten Gegenstände hinaus (Überversicherung; Doppelversicherung genannt, wenn ein bereits zum vollen Werte versicherter Gegenstand nochmals auf dieselbe

[5]) Dazu kann auch der entgangene Gewinn gehören (S. 63). Insbesondere ist nach HGB. § 779 bei der Seeversicherung versicherbar der sog. imaginäre Gewinn, d. h. der von der Ankunft der Güter am Bestimmungsort erwartete Gewinn.

Digitized by Google

Zeit und gegen dieselbe Gefahr versichert wird, vgl. HGB. §§ 786 ff.).

Unterarten der Schadensversicherung sind zB.:

a. die Feuer-, Hagel-, Vieh-, Spiegelversicherung;

b. die Transportversicherung, mit den Unterarten der Binnentransport- und der Seeversicherung;[6])

c. die Rückversicherung (Versicherung des Schadens, den der Versicherer beim Eintritte des Versicherungsfalls erleidet).

β. Bei der Personenversicherung (oder Summenversicherung) verpflichtet sich der Versicherer, eine bestimmte Summe an den Versicherungsnehmer (oder einen Dritten, S. 800[12]) zu zahlen, falls der Versicherte (regelmäßig der Versicherungsnehmer selbst, möglicherweise aber ein Dritter, S. 798) von einem bestimmten Ereignisse betroffen wird. Regelmäßig handelt es sich auch hier um den Ausgleich eines durch dies Ereignis herbeigeführten Vermögensschadens (Fortfall des Ernährers bei der Lebensversicherung, Notwendigkeit größerer Ausgaben bei der Aussteuer- und Militärdienstversicherung). Aber dieser tritt nicht, wie im Fall α., unmittelbar ein und ist von vornherein nicht ziffermäßig bestimmbar. Daher wird hier nicht der Schaden als solcher, sondern ein gewisser Betrag versichert, und von einer Überversicherung ist keine Rede. Wirtschaftlich haben die Personenversicherungen vielfach die Bedeutung von Sparkassen (abgekürzte Lebensversicherung, Aussteuer-, Militärdienstversicherung), verfolgen daneben aber stets auch Versicherungszwecke (bei der abgekürzten Lebensversicherung zB. sichert der Versicherungsnehmer seine Hinterbliebenen gegen eine

---

[6]) Nach HGB. §§ 778 ff. kann Gegenstand der Seeversicherung sein: jedes in Geld schätzbare Interesse, welches jemand daran hat, daß Schiff oder Ladung die Gefahren der Seeschiffahrt bestehen, insbesondere das Schiff (sog. Kaskoversicherung, von span. casco = Schiffsrumpf), die Fracht, die Überfahrtsgelder, die Güter (sog Kargoversicherung), die Bodmereigelder (S. 540), die Havereigelder (S. 644), der imaginäre Gewinn (S. 794[5]). Nicht versicherbar ist dagegen (HGB. § 780) die Heuerforderung des Schiffers und der Schiffsmannschaft, damit diese Personen ein eigenes Interesse daran haben, das Schiff zu erhalten.

Digitized by Google

durch sein vorzeitiges Versterben herbeigeführte Einkommensminderung).

Unterarten der Personenversicherung sind zB.:

a. Die Lebensversicherung. Sie wird heute von den Versicherungsgesellschaften in zahlreichen Formen abgeschlossen, am häufigsten als einfache Versicherung auf den Todesfall (das Kapital ist zahlbar beim Tode des Versicherten) und als abgekürzte Lebensversicherung (das Kapital ist zahlbar beim Tode des Versicherten oder sobald dieser ein gewisses Alter erreicht).

b. Die Leibrentenversicherung (der Versicherer verspricht gegen Empfang eines Kapitals die Zahlung einer Jahressumme für die Dauer des Lebens des Versicherten; vgl. S. 777[2]).

c. die Aussteuer-, Militärdienst-, Geschworenendiäten-, Unfallversicherung usw.

d. Abschluß des Versicherungsvertrags.

1. Der Versicherungsvertrag wird geschlossen zwischen dem Versicherer (der Versicherungsgesellschaft)[7]) und dem

---

[7]) Nach StGB. § 360[9] wird mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. oder mit Haft bestraft, wer gesetzlichen Bestimmungen zuwider ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- oder Witwenkassen, Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Gesellschaften oder Anstalten errichtet, welche bestimmt sind, gegen Zahlung eines Einkaufsgelds oder gegen Leistung von Geldbeiträgen beim Eintritte gewisser Bedingungen oder Fristen Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten. Für die alten Provinzen Preußens gilt das Gesetz betr. den Geschäftsverkehr der Versicherungsanstalten vom 17. Mai 1853, wonach Versicherungsunternehmungen der Genehmigung (des Regierungspräsidenten, ausländische des Ministers des Innern) bedürfen. Die von nicht konzessionierten Unternehmern geschlossenen Verträge sind jedoch nicht nichtig (wenngleich strafbar, **lex minus quam perfecta**). Die ehemalige Konzessionspflicht der Versicherungsagenten ist durch die RGO. beseitigt.

Besonderer staatlicher Aufsicht unterliegt die Feuerversicherung. Nach RGO. § 14 Abs. 2 müssen Feuerversicherungsagenten von Beginn und Ende ihrer Thätigkeit der Ortspolizeibehörde binnen 8 Tagen Anzeige machen (Strafvorschrift: RGO. § 148[1]).

Ferner darf in Altpreußen nach dem Gesetze vom 8. Mai 1837

Digitized by Google

Versicherungsnehmer. Vorbereitet wird er durch sog. Versicherungsagenten, die aber nur die Stellung von Vermittlern haben (S. 569) und deren Erklärungen für den Versicherer, von dem sie angestellt sind, grundsätzlich unverbindlich sind.[8])

Die Seeversicherung und die Versicherung gegen Prämie können formlos geschlossen werden (vgl. AGHGB. Art. 5). Für die Versicherung auf Gegenseitigkeit ist nach ALR. II, 8 § 2064 Schriftform vorgeschrieben. Thatsächlich wird über jede Versicherung eine Urkunde (Police, von polliceri, nach anderen vom mittelalterlichen apodixa = Beweisurkunde) ausgefertigt, von deren Aushändigung das Inkrafttreten der Versicherung abhängt. Transportversicherungspolicen können (durch ausdrückliche Orderklausel) an Order gestellt werden (HGB. § 363, nach altem HGB. Art. 302 nur Seeversicherungspolicen) und können dann durch Indossament übertragen werden. Dagegen werden die vielfach auf den Inhaber gestellten Lebensversicherungspolicen dadurch nicht zu Inhaberpapieren; denn der Versicherer will damit nicht die Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme an jeden Vorzeiger übernehmen, sondern sich nur das Recht dazu vorbehalten; die sog. Inhaberpolice ist also nur hinkendes Inhaberpapier oder Legitimationspapier (unten § 168).

2. Regelmäßig versichert sich der Versicherungsnehmer gegen die Folgen eines ihn oder seine Vermögenssphäre

über das Mobiliarfeuerversicherungswesen keine Feuerversicherungspolice ohne Genehmigung der Ortspolizei ausgehändigt werden. Ebenso muß dieser die bevorstehende Zahlung einer Brandentschädigung angezeigt werden. Diese polizeiliche Aufsicht soll dem aus einer etwaigen Überversicherung sich ergebenden Anreize zur Brandstiftung vorbeugen.

[8]) Wenn also bei einer Gegenseitigkeitsversicherung ein Agent die Versicherungsnehmer dadurch zum Beitritte beredet, daß er ihnen vorspiegelt, Nachschüsse würden nicht zu zahlen sein, so kann hieraus gegen die Rechtsbeständigkeit des Versicherungsvertrags kein Einwand erhoben werden. Anders, wenn die Versicherungsgesellschaft dieses Geschäftsgebahren ausdrücklich oder stillschweigend billigt.

Andererseits ist der Versicherungsnehmer für die von ihm abgegebenen Erklärungen selbst dann verantwortlich, wenn er den Agenten mit ihrer Niederschrift betraut.

Digitized by Google

betreffenden Ereignisses, d. h. der Versicherungsnehmer ist regelmäßig gleichzeitig der Versicherte. Hiervon kommen aber Ausnahmen in doppelter Beziehung vor:

α. Der Versicherungsnehmer kann sich gegen die Folgen eines Ereignisses versichern, das einen Anderen betrifft, zB. die Dienstherrschaft versichert die Sachen des Gesindes gegen Brandschaden, der Prinzipal seine Angestellten gegen Unfall, der Gläubiger das Leben seines Schuldners (nach ALR. II, 8 § 1973 nur mit Einwilligung des Dritten gültig).

β. Der Versicherungsnehmer kann die Versicherung für fremde Rechnung eingehen. Insbesondere kann die Seeversicherung genommen werden (HGB. §§ 781 ff.):

a. für eigene Rechnung; hierfür spricht die Vermutung;

b. für fremde Rechnung;

c. für Rechnung „wen es angeht", wenn es im Vertrag unbestimmt gelassen wird, ob die Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung genommen wird.

3. Das ganze Versicherungswesen beruht darauf (S. 792), daß der Versicherer den Eintritt des versicherten Ereignisses mit einiger Wahrscheinlichkeit vorhersehen kann und bei dem Abschlusse zahlreicher gleichartiger Verträge in der Lage ist, sein Risiko durch die Erhebung einer auf die Wahrscheinlichkeitsrechnung gegründeten durchschnittlichen Prämie auszugleichen. Für die Lebensversicherung dienen hierzu Sterblichkeitstafeln (Mortalitätstabellen).

Den einzigen Anhalt für die Berechnung der Höhe der Prämie geben dem Versicherer die Angaben des Versicherungsnehmers. Auf diese muß er sich also verlassen können, und das Versicherungswesen wird daher — im Gegensatze zu anderen Schuldverhältnissen, oben S. 384[12] — von dem Grundsatze beherrscht, daß der Versicherer ein Recht auf Wahrheit hat; d. h. der Versicherungsnehmer muß bei Ungültigkeit des Vertrags dem Versicherer alle ihm bekannten Umstände[9]) anzeigen, die für den Entschluß

[9]) Noch weiter geht HGB. § 809 für die Seeversicherung. Hierbei ist der Versicherungsvertrag nämlich schon dann unverbind-

Digitized by Google

des Versicherers, den Versicherungsvertrag abzuschließen, von Bedeutung sein können.

e. Wirkungen des Versicherungsvertrags.

1. Der Versicherungsnehmer ist zur Zahlung der Prämie nach Maßgabe des Versicherungsvertrags verpflichtet. Seine Verpflichtung ist also unbedingt. Er darf ferner nicht das Risiko der Versicherung vertragswidrig vergrößern (Erhöhung der Feuergefährlichkeit, Reisen in Tropengegenden, Eintritt in den Kriegsdienst, Selbstmord). Endlich hat er bei Eintritt des Versicherungsfalls nach Möglichkeit zur Verminderung des Schadens beizutragen (Feuermeldung, Rettung der versicherten Sachen) und den Versicherer — meist binnen einer gewissen Ausschlußfrist — in Kenntnis zu setzen (sog. Andienen des Schadens).

2. Der Versicherer hat dagegen nur für den Fall des Eintritts des versicherten Ereignisses zu leisten.[10]) Bei der Schadensversicherung wird seine Verpflichtung, wie S. 794 erwähnt, durch den Umfang des eingetretenen Schadens begrenzt, wofür der Versicherungsnehmer beweis-

lich, wenn der Versicherungsnehmer beim Abschlusse des Vertrags in Bezug auf einen erheblichen Umstand eine (objektiv) unrichtige Anzeige gemacht hat (also selbst wenn der Versicherungsnehmer die unrichtige Angabe im guten Glauben gemacht hat), es sei denn, daß dem Versicherer die Unrichtigkeit der Anzeige bekannt war.

In neuerer Zeit verzichten die meisten Lebens-Versicherungsgesellschaften auf die Geltendmachung unrichtiger Angaben im Versicherungsantrage, sofern die Versicherung bereits längere Zeit (meist 5 Jahre) in Kraft stand (sog. unanfechtbare Policen).

[10]) Nur bei der Seeversicherung gilt besonderes. Nach HGB. §§ 861 ff. ist der Versicherte befugt, die Zahlung der Versicherungssumme zum vollen Betrage gegen Abtretung der in Ansehung des versicherten Gegenstands ihm zustehenden Rechte in folgenden Fällen zu verlangen (Abandon):

a. wenn das Schiff verschollen ist;

b. wenn der Gegenstand der Versicherung dadurch bedroht ist, daß das Schiff oder die Güter unter Embargo (S. 644) gelegt, von einer kriegführenden Macht aufgebracht, auf andere Weise durch Verfügung von hoher Hand angehalten oder durch Seeräuber genommen und während einer Frist von sechs, neun oder zwölf Monaten nicht freigegeben sind, je nachdem die Aufbringung, Anhaltung oder Nehmung geschehen ist:

Digitized by Google

pflichtig ist.[11]) Bei der Personenversicherung ist dagegen ohne weiteres die versicherte Summe zu zahlen.

Die Zahlung hat grundsätzlich an den Versicherungsnehmer zu erfolgen. Besonderes gilt jedoch für Lebensversicherungen.[12])

---

1. in einem europäischen Hafen oder in einem europäischen Meer einschließlich aller Häfen oder Teile des Mittelländischen, Schwarzen und Azowschen Meers; oder

2. in einem anderen Gewässer, jedoch diesseits des Vorgebirges der guten Hoffnung und des Kap Horn; oder

3. in einem Gewässer jenseits des einen jener Vorgebirge.

[11]) Dies trifft auch dann zu, wenn die Police den Wert der versicherten Gegenstände angiebt (sog. offene Police). Die Parteien können aber — besonders üblich bei der Seeversicherung, aber unzulässig bei Feuerversicherungen (vgl. zB. PrG. vom 8. Mai 1837 § 17) — auch eine sog. taxierte Police vereinbaren, wobei der Versicherer die Taxe als Versicherungswert ersetzen muß, wenn er nicht beweist, daß die Taxe den Wert erheblich übersteigt.

Ist eine Unterversicherung abgeschlossen, was (im Gegensatze zur Überversicherung, S. 794) zulässig ist, so wird der Schaden nur anteilsweise vergütet. Wird zB. ein Warenlager im Werte von 100 000 Mk. mit 50 000 Mk. gegen Feuer versichert, so sind, wenn ein Brandschaden von 50 000 Mk. eintritt, nur 25 000 Mk. zu vergüten.

Bei der Seeversicherung hat der Versicherer besondere Haverei (S. 645) nicht zu ersetzen, wenn sie 3 % des Versicherungswerts nicht übersteigt (sog. Franchise); HGB. § 845.

[12]) Wird die Versicherungssumme bei Lebzeiten des Versicherten fällig (abgekürzte Lebensversicherung, Auflösung des Vertrags), so ist der Versicherungsnehmer (oder dessen legitimierter Rechtsnachfolger) der Empfangsberechtigte. Sonst muß man unterscheiden:

a. Der Empfangsberechtigte ist im Versicherungsvertrage benannt (zB. Versicherung zu Gunsten der Ehefrau oder der Kinder). Dann gilt der Vertrag als Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Gemäß BGB. § 330 ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht auf die Versicherungssumme erhält und zwar nach § 331 erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers, sodaß dieser, so lange er lebt, jederzeit zu einer Änderung der Anordnung befugt ist. Im Fall einer solchen Versicherung zu Gunsten eines Dritten gehört die Versicherungssumme also nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers. Seine Gläubiger können also nicht darauf Beschlag legen, und ebensowenig gehört die Versicherungssumme zur Konkursmasse eines etwa eröffneten Nachlaßkonkurses.

Digitized by Google

3. Bei der Seeversicherung verjähren die wechselseitigen Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag in 5 Jahren (HGB. § 905). Im übrigen gelten die gewöhnlichen Verjährungsgrundsätze.

4. Der Versicherungsnehmer hat regelmäßig ein Rücktrittsrecht, wogegen er dem Versicherer einen Teil der Prämie als Ristorno belassen oder zahlen muß (vgl. HGB. §§ 894 ff.).

§ 156. Börsenwesen.

a. Begriff der Börse.

1. Die Börse[1]) ist ein Markt, d. h. eine regelmäßig wiederkehrende Zusammenkunft von Käufern, Verkäufern und Kaufvermittlern. Sie unterscheidet sich von anderen Märkten dadurch, daß:

α. Ware und Geld nicht auf dem Markte selbst gegeneinander eingetauscht werden, die Ware vielmehr nicht gegen-

---

b. Ist dagegen in der Police ein anderer Empfangsberechtigter nicht benannt, so fällt die Versicherungssumme an die Erben, d. h. sie gehört zum Nachlasse.

[1]) Anfänge der Börse finden sich bereits im Mittelalter, wenn auch im allgemeinen die Vertretbarkeit der Waren damals wenig ausgebildet war. Der Wechselbriefhandel ist im Mittelalter in den oberitalienischen Städten und später in Augsburg und Nürnberg ein börsenmäßiger gewesen; auch in kaufmännischen Forderungen bildete sich allmählich ein Börsenverkehr heraus.

Als Markt ist die Börse heute ein unentbehrliches Institut, da nur sie den Austausch der Güter in größtem Maße ermöglicht. Ein solcher Güteraustausch ist aber die Grundlage der Wirtschaftsweise aller europäischen Staaten geworden. Denn während in ältester Zeit der Einzelne die Güter produzierte, die er selbst verbrauchen wollte, bringen heute die weitaus meisten Produzenten fast ausschließlich Güter hervor, welche zum Verbrauche durch Andere bestimmt sind. Es genügt daher nicht mehr, daß die Güter produziert werden, sie müssen demjenigen zugestellt werden, der sie verbrauchen soll. Diese Zustellung vermittelt der Handel, welcher zur Erfüllung dieser Aufgabe der Märkte und zum Austausche der Massenartikel der Börse bedarf; denn an diesen Orten treffen sich „Angebot" und „Nachfrage".

Digitized by Google

wärtig, oft noch unterwegs, oft erst noch zu produzieren ist; und

β. die an der Börse für eine Ware vereinbarten Preise die Preisbildung für gleichartige, außerhalb der Börse geschlossene Geschäfte in einem weiteren Wirtschaftsgebiete beeinflussen.

2. Man kauft und verkauft an der Börse nicht individuell bestimmte Wertpapiere oder Sachen, sondern Gegenstand des Handels sind vertretbare Sachen (III, 339). Infolge dieser Eigenschaften erübrigt sich die persönliche Anwesenheit der eigentlichen Käufer und der eigentlichen Verkäufer, und andere Personen sind in die Lage gesetzt, Geschäfte über ihnen nicht gehörende Sachen abzuschließen.

3. Weder staatliche Anerkennung, noch eine bestimmte äußere Gestaltung gehören begrifflich zu den Merkmalen der Börse. Ebensowenig ist der Name*) entscheidend; der 1897 verbotene „Verein Berliner Getreide- und Produktenhändler" zB. war thatsächlich eine Börse (S. 805⁵). Das Erfordernis staatlicher Genehmigung beruht erst auf der ausdrücklichen Bestimmung des § 1 BG.

Börsen, die vom Staate nicht anerkannt sind, bezeichnet man als Winkelbörsen. Sie sind verboten und unterstehen den Landesgesetzen, welche das Vereins- und Versammlungsrecht betreffen, also in Preußen den

*) Das Wort „Börse" stammt wohl aus Brügge, wo die Kaufleute vor dem Hause des Kaufmanns Van der Burse und in einem Gebäude zusammenkamen, dessen Vordergiebel ein aus drei Geldbörsen bestehendes Wappen zierte. Andere nehmen an, daß der Ursprung dieses Worts in der Bezeichnung la bursa dei cittadini (so nannte man die Versammlung der Bürger, weil sie bei der Wahl der Obrigkeit die Stimmzettel in eine Börse legten) zu suchen sei; möglich ist auch, daß die Börse, welche Merkur als Sinnbild des Handels in der Hand hält, die Veranlassung zum Namen „Börse" gegeben hat.

Man bezeichnet mit „Börse" entweder die Versammlung der Kaufleute oder das Gebäude oder den Platz der Versammlung oder den Preis der Börsenwaren zu einer bestimmten Zeit (flaue, steigende, fallende Börse) oder die Zeitdauer eines Börsentags (Ende der Börse, Vorbörse, Nachbörse).

Digitized by Google

Art. 29 und 30 der Verfassung und der Verordnung vom 11. März 1850 (II, 197[26]).

b. Börsenrecht.

Bis zum 1. Januar 1897 unterstanden die einzelnen deutschen Börsen sehr verschiedenen Rechten, sowohl in Bezug auf ihre Organisation, indem die Börsen teils staatlicher Genehmigung bedurften (zB. in Preußen), teils als reine Privatvereine angesehen wurden, als auch in Bezug auf das materielle Recht.

Veranlaßt durch Verhandlungen im deutschen Reichstage, besonders in dessen Petitionskommissionen, berief der Reichskanzler im Jahre 1892 eine „Enquetekommission" zur Abstellung der im Börsenverkehr aufgetretenen Übelstände unter dem Vorsitze des Reichsbankpräsidenten Koch. Daraufhin erging das Börsengesetz („BG.")[3] vom

[3]) Das Börsengesetz zerfällt in 6 Abschnitte:

I. Allgemeine Bestimmungen über die Börsen und deren Organe.

II. Feststellung des Börsenpreises und Maklerwesen.

III. Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel.

IV. Börsenterminhandel.

V. Kommissionsgeschäft (dieser Abschnitt ist durch Art. 14 EGHGB. aufgehoben und durch die entsprechenden Bestimmungen des HGB. ersetzt worden).

VI. Straf- und Schlußbestimmungen.

§ 39 des Gesetzes trat schon am 1. Juli 1896, die §§ 54—65 traten am 1. November 1896 und die übrigen Paragraphen am 1. Januar 1897 in Kraft.

Das BG. enthält hiernach nicht nur das Börsenverwaltungsrecht, sondern auch ein Börsenstrafrecht. Nach §§ 75—78 wird bestraft:

a. wer in betrügerischer Absicht auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, um auf den Börsen- oder Marktpreis von Waren oder Wertpapieren einzuwirken (gefälschte Telegramme);

b. wer in betrügerischer Absicht wissentlich unrichtige Angaben in Prospekten oder in öffentlichen Kundgebungen macht, durch welche die Zeichnung oder der Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren herbeigeführt werden soll;

c. wer für Mitteilungen in der Presse, durch welche auf den Börsenpreis eingewirkt werden soll, Vorteile gewährt oder verspricht oder sich gewähren oder versprechen läßt, welche in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen;

Digitized by Google

22. Juni 1896, das ergänzt wurde durch Anordnungen des Bundesrats (zB. S. 806[e]) und der Landesregierungen. Mit der am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Reichsgesetzgebung wurde das Börsengesetz in Einklang gebracht durch EGHGB. Art. 14.

Abgesehen von diesen gesetzlichen Vorschriften sind für die Abwickelung der Börsengeschäfte von Bedeutung die von den Organen der einzelnen Börsen erlassenen Geschäftsbedingungen oder Börsenusancen, die mangels ausdrücklicher Abweichung als leges contractus der an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte gelten (III, 25[4]).

c. Organisation der Börse.

Die oberste Leitung des gesamten Börsenwesens legt das Reichsbörsengesetz in die Hände des Bundesrats; es überträgt gewisse Angelegenheiten dem Reichskanzler und verleiht eine beratende Stimme dem aus mindestens 30 vom Bundesrate gewählten Mitgliedern bestehenden Börsenausschuß als Sachverständigenorgan, welcher Anträge an den Reichskanzler stellen und Sachverständige vernehmen kann. Ein weitgehendes Verordnungsrecht in Börsensachen steht dem Bundesrate zu, ein beschränkteres den Landesregierungen.

---

d. wer sich für die Unterlassung von Mitteilungen der zu c. bezeichneten Art Vorteile gewähren oder versprechen läßt;

e. wer wissentlich den Vorschriften des Börsengesetzes zuwider Preislisten (Kurszettel) veröffentlicht oder in mechanisch hergestellter Vervielfältigung verbreitet;

f. wer gewohnheitsmäßig in gewinnsüchtiger Absicht Andere unter Ausbeutung ihrer Unerfahrenheit oder ihres Leichtsinns zu Börsenspekulationsgeschäften verleitet, welche nicht zu ihrem Gewerbebetriebe gehören.

Sonstige bedeutsame Neuerungen des BG. sind: die Neuregelung der Feststellung des Börsenpreises (S. 806[e]) und des Maklerwesens (S. 807) sowie der Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel (S 808); ferner die Erschwerung des Börsenterminhandels (S. 812; er ist untersagt in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen und ist in Anteilen sonstiger Erwerbsgesellschaften, besonders von Banken, nur gestattet, wenn das Kapital der betr. Gesellschaft mindestens 20 Millionen Mk. beträgt; er ist ferner gänzlich verboten in Getreide- und Mühlenfabrikaten, BG § 50); endlich die Einrichtung des Börsenregisters (S. 810).

Digitized by Google

1. Die Errichtung einer Börse bedarf der Genehmigung der Landesregierung (in Preußen: Ministerium für Handel und Gewerbe, in Bayern und Baden: Ministerium des Innern). Diese ist befugt, die Aufhebung bestehender Börsen anzuordnen (§ 1).

2. Die Aufsicht über die Börsen führen die Landesregierungen, und zwar durch ihre Organe (Staatskommissare). Die unmittelbare Aufsicht können sie den Handelsorganen (Handelskammern, kaufmännischen Korporationen) übertragen.[4])

3. Als Verfassung ist für jede Börse eine Börsenordnung zu erlassen, welche die Organisation der Börse und ihren Verkehr regelt. Die Börsenordnung bedarf zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch die Landesregierungen, welche die Aufnahme bestimmter Vorschriften in die Börsenordnung anordnen und insbesondere bestimmen können, daß in den Vorständen der Produktenbörsen die Landwirtschaft, die landwirtschaftlichen Nebengewerbe und die Müllerei entsprechende Vertretung finden.[5])

---

[4]) In Berlin liegt die unmittelbare Aufsicht bei den sog. Ältesten der Berliner Kaufmannschaft (III, 219).

[5]) Als die Regierungen von diesem Rechte Gebrauch machten, lösten sich die Produktenbörsen auf, und es bildeten sich an vielen Börsen „Freie Vereinigungen der Produktenbörse", welche auf dem Boden des Vereinsrechts ständige Versammlungen zum Zwecke des Geschäftsverkehrs in Produkten abhielten. Um nicht dem Börsengesetz unterstellt zu werden, legte man sich den Namen „Börse" nicht bei und unterdrückte auch jede Kursnotiz.

Im Mai 1897 forderte der Polizeipräsident von Berlin von der dortigen Vereinigung (im „Feenpalaste") die Einreichung einer Börsenordnung und beantwortete die Ablehnung dieses Verlangens mit einem Verbote der Versammlungen unter Androhung „unmittelbaren Zwanges" für den Fall der Zuwiderhandlung. Darauf klagte der Vereinsvorstand im Verwaltungsstreitverfahren beim Bezirksausschuß in Berlin auf Aufhebung dieser Polizeiverfügung, und der Bezirksausschuß setzte auch die Verfügung des Polizeipräsidenten außer Kraft. Das in II. Instanz zuständige Oberverwaltungsgericht (I, 711) änderte jedoch das Urteil des Bezirksausschusses ab und wies den Vorstand mit seiner Klage ab, indem es annahm, daß:

Digitized by Google

α. Die Börse zerfällt nach den an ihr gehandelten Gegenständen in Abteilungen, die durch die Börsenordnungen genauer zu scheiden sind. Gewöhnlich bestehen zwei Abteilungen: die Effekten- oder Fondsbörse und die Produkten- oder Warenbörse; an ersterer werden Wertpapiere, Geld und Edelmetalle gehandelt, an letzterer Getreide, Mehl, Zucker, Rüböl, Petroleum, Spiritus usw.

β. An der Spitze der Börse steht ein Vorstand, dessen Bestellung durch die Börsenordnung geregelt sein muß. Der Börsenvorstand hat die unmittelbare Leitung der Börse; er stellt die Börsenusancen (S. 804) fest, hat Börsenbesucher zuzulassen und auszuschließen, notiert die Kurse, soweit die Börsenordnung nicht die Mitwirkung von Vertretern anderer Berufskreise vorschreibt.

γ. Bei der (täglich erfolgenden) amtlichen Festsetzung der Börsenpreise[6]) von Waren und Wertpapieren wirken als

---

a. das Erfordernis der Genehmigung zur Errichtung einer Börse im BG. § 1 als Verbot aller nicht genehmigten Versammlungen, die sich als eine Börse darstellen, aufzufassen ist, und

b. die Versammlungen im Feen-Palaste zu den im BG. § 1 Abs. 1 vorausgesetzten Versammlungen gehören, weil:

1. es sich um eine Versammlung einer größeren Anzahl von Personen handele, die an einem ein für allemale bestimmten Ort und zu einer allgemein bestimmten Zeit in verhältnismäßig kurzen Zwischenräumen regelmäßig zusammenkämen,

2. die sich Versammelnden wenigstens vorwiegend selbständige Kaufleute oder kaufmännische Hülfspersonen seien, die ihren Geschäftssitz am Orte der Versammlung oder in dessen Nähe hätten,

3. die Versammlungen dem Handel mit nicht zur Stelle gebrachten vertretbaren Waren dienen sollten und dieser Handel zwar nicht ausschließlich, aber doch in erheblichem Maße ein Handel von Großhändlern unter einander wäre.

Im Jahre 1900 ist die Produktenbörse in Berlin nach Erzielung eines Einverständnisses wiederhergestellt worden.

[6]) BG. § 35 giebt dem Bundesrate das Recht, eine amtliche Feststellung des Börsenpreises bestimmter Waren allgemein oder für einzelne Börsen vorzuschreiben und Bestimmungen zu erlassen, um eine Einheitlichkeit über die den Feststellungen von Börsenpreisen zu Grunde zu legenden Mengen und über die für die Feststellung der Preise von Wertpapieren maßgebenden Gebräuche herbeizuführen (Bekanntmachung des Bundesrats vom 28. Juni 1898).

Digitized by Google

Hilfspersonen die von der Regierung zu bestellenden sog. Kursmakler mit (vgl. S. 660). Die Kursmakler müssen, solange sie als solche thätig sind, die Vermittelung von Börsengeschäften in den betreffenden Waren oder Wertpapieren betreiben. Zur Vertretung der Kursmakler kann eine Maklerkammer bestehen, die über die Bestellung neuer Kursmakler und die Geschäftsverteilung zu hören ist.[7])

δ. An jeder Börse besteht ein Ehrengericht, das unter Mitwirkung des Staatskommissars (S. 805) Börsenbesucher (also nicht nur die Kaufleute) zur Verantwortung zieht, die im Zusammenhange mit ihrer Thätigkeit an der

---

Bei der Feststellung des Börsenpreises darf außer dem Staatskommissare, dem Börsenvorstande, den Börsensekretären, den Kursmaklern und den Vertretern der beteiligten Berufszweige, falls deren Mitwirkung durch die Börsenordnung vorgeschrieben wird, niemand zugegen sein. Als Börsenpreis ist derjenige Preis festzusetzen, welcher der wirklichen Geschäftslage des Verkehrs an der Börse entspricht (§ 29 Abs. 3); es müssen also zu jenem Preise, der als Durchschnittspreis berechnet wird, Geschäfte an der Börse wirklich abgeschlossen, nicht nur angeboten (das wird im Kurszettel mit P. = Papier oder mit B. = Brief bezeichnet) oder gesucht (G. = Geld, III, 381[3]) sein. Es müssen bei der amtlichen Kursfeststellung nur diejenigen Geschäfte berücksichtigt werden, welche durch Vermittelung eines Kursmaklers zustande gekommen sind. Der Börsenvorstand kann aber nach seinem Ermessen auch die ohne Vermittelung der Kursmakler geschlossenen Geschäfte berücksichtigen.

Der vom Börsenpreise vielfach abweichende Auktionspreis ist der letzte Preis, zu welchem noch Geschäfte geschlossen werden. Liquidationskurs ist der Kurs, zu welchem früher geschlossene Geschäfte liquidiert d. h. abgewickelt werden.

[7]) Pfuschmakler sind die nicht amtlich bestellten Makler. Propermakler schließen die Geschäfte in eigenem Namen, wirken aber wirtschaftlich dennoch als Makler, d. h. Geschäftsvermittler, da sie immer zwei einander entgegengesetzte Geschäfte eingehen, also einem Kauf einen Verkauf folgen lassen. Auch die Aufgabemakler schließen die Geschäfte in eigenem Namen ab, jedoch „an Aufgabe", d. h. mit der Berechtigung zur Benennung der Gegenpartei. Findet ein solcher Makler einen passenden Gegenkontrahenten, so muß sein Auftraggeber mit diesem das Geschäft abschließen, und er selbst wird frei; anderenfalls bleibt er gebunden. Die Aufgabemakler treffen gewöhnlich mit einer Maklerbank die Abrede, daß sie diese Bank als „Aufgabe" benutzen dürfen (S. 661[2]).

Digitized by Google

Börse sich eine mit der Ehre oder dem Anspruch auf kaufmännisches Vertrauen nicht zu vereinbarende Handlung haben zu schulden kommen lassen (§ 10). Als Strafen können Verweis und zeitweilige oder dauernde Ausschließung von der Börse, aber nicht Geldstrafen, verhängt werden. Gegen die Entscheidung des Ehrengerichts steht dem Staatskommissar und dem Beschuldigten die Berufung an die periodisch zu bildende Berufungskammer offen, welche Centralinstanz für ganz Deutschland ist.

ε. An jeder Börse besteht ein Börsenschiedsgericht zur Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten in Börsensachen, unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte. Die Börsenschiedsgerichte sind naturgemäß über die Verhältnisse des Handels besser unterrichtet und entscheiden schneller, als die ordentlichen Gerichte. Die Zuständigkeit der Schiedsgerichte gründet sich auf Vereinbarung, die aber auch stillschweigend erfolgen kann, wenn nämlich an einer Börse durch die Börsenusancen diese Zuständigkeit bestimmt ist.

ζ. Ferner finden sich an den Börsen Sachverständigenkommissionen zur Erstattung von Gutachten. Kraft bestehender Usance haben diese Gutachten an manchen Börsen unbedingt verpflichtende Kraft, sodaß sie einer Nachprüfung weder durch die ordentlichen Gerichte noch durch die Börsenschiedsgerichte unterliegen.

η. Eine besondere Kommission, die sog. Zulassungsstelle für Wertpapiere (diese für Wertpapiere getroffenen Bestimmungen gelten nach § 80 des Börsengesetzes nicht auch für Wechsel und ausländische Geldsorten), hat an jeder Börse über die Zulassung der Wertpapiere zum Handel an der Börse zu entscheiden. Sie besteht mindestens zur Hälfte aus Personen, die nicht im Börsenregister (S. 810) für Wertpapiere eingetragen sind, und von der Beratung und Beschlußfassung sind diejenigen Mitglieder ausgeschlossen, die an der Einführung dieses Wertpapiers in den Börsenhandel beteiligt sind. Derjenige, der den Antrag auf Zulassung eines Wertpapiers stellt, gewöhnlich ein Bankier, „emittiert" (S. 542) mit seinem Antrage das Papier (Einführungs- oder Emissionsfirma). Nicht versagt werden

Digitized by Google

darf die Zulassung von deutschen Reichs- und Staatsanleihen; in Bezug auf die übrigen Papiere hat die Zulassungsstelle die Aufgabe und die Pflicht, die Vorlegung der die Grundlage des Wertpapiers bildenden Urkunden zu verlangen und diese zu prüfen, ferner dafür zu sorgen, daß das Publikum über alle zur Beurteilung des Wertpapiers notwendigen thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse soweit als möglich unterrichtet wird (Prospektzwang), schließlich zu verhindern, daß erhebliche allgemeine Interessen geschädigt werden oder das Publikum übervorteilt wird. Besonders erschwert ist die Zulassung von Aktien eines zur Aktiengesellschaft oder zur Kommanditgesellschaft auf Aktien umgewandelten Unternehmens, sowie diejenige von Anteilsscheinen oder staatlich nicht garantierten Schuldverschreibungen ausländischer Erwerbsgesellschaften.

Sind in einem Prospekt, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, Angaben, welche für die Beurteilung des Werts erheblich sind, unrichtig, so haften diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, wenn sie die Unrichtigkeit gekannt haben oder ohne grobes Verschulden hätten kennen müssen, als Gesamtschuldner jedem Besitzer eines solchen Wertpapiers für den Schaden, welcher demselben aus der von den gemachten Angaben abweichenden Sachlage erwächst. Das Gleiche gilt, wenn der Prospekt infolge der Fortlassung wesentlicher Thatsachen unvollständig ist und diese Unvollständigkeit auf böslichem Verschweigen oder auf der böslichen Unterlassung einer ausreichenden Prüfung seitens derjenigen, welche den Prospekt erlassen oder veranlaßt haben, beruht.

Der Ersatzanspruch wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Prospekt die Angaben als von einem Dritten herrührend bezeichnet; doch verjährt er schon in 5 Jahren seit der Zulassung der Wertpapiere. Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer des Papiers die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts beim Erwerbe kannte oder bei der Anwendung derjenigen Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten beobachtet,

Digitized by Google

kennen mußte, es sei denn, daß die Ersatzpflicht durch böswilliges Verhalten begründet ist. Die Haftung kann durch Vereinbarung weder ermäßigt noch erlassen werden. Für die Entscheidung der Ersatzansprüche ist ohne Rücksicht auf den Streitwert das Landgericht (Kammer für Handelssachen, I, 198) des Börsenorts ausschließlich zuständig (BG. §§ 43—47).

Über die Bestrafung wegen wissentlich unrichtiger Angaben in Prospekten vgl. S. 803[3].

Die Ablehnung der Zulassung durch eine Börse ist für alle deutschen Börsen bindend, es sei denn, daß ein Wertpapier nur mit Rücksicht auf örtliche Verhältnisse abgelehnt worden ist. Für nicht zugelassene Wertpapiere darf eine amtliche Feststellung des Preises nicht erfolgen, Geschäfte in ihnen sind von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen und dürfen von den Kursmaklern nicht vermittelt werden; auch dürfen für solche an der Börse abgeschlossene Geschäfte Preislisten (Kurszettel) nicht veröffentlicht werden (BG. § 41). Dagegen sind Geschäftsabschlüsse in nicht zugelassenen Papieren an der Börse an sich nicht verboten.

9. Im Zusammenhange mit den Börseneinrichtungen steht endlich noch das Börsenregister,[8]) das von den zur Führung des Handelsregisters (III, 232) zuständigen Gerichten, d. h. von den Amtsgerichten, zu führen ist. In das Register müssen sich diejenigen, welche Börsentermingeschäfte (S. 790) abschließen wollen, eintragen lassen, wenn sie diesen Geschäften die Klagbarkeit sichern wollen. Sind nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses eingetragen,[9]) so wird durch ein Börsentermingeschäft ein

[8]) Das Börsenregister ist öffentlich, und die Eintragung wird öffentlich bekannt gemacht, um diejenigen abzuschrecken, die im Lichte der Öffentlichkeit Spekulationen nicht versuchen dürfen. Vor der Eintragung ist eine Eintragungsgebühr von 150 Mk., für jedes folgende Jahr eine Erhaltungsgebühr von 25 Mk. zu entrichten. Die Löschung erfolgt gebührenfrei. Das Amtsgericht I in Berlin hat jährlich eine Gesamtliste für ganz Deutschland aufzustellen und im Reichsanzeiger zu veröffentlichen.

[9]) Die praktische Bedeutung des Börsenregisters ist gering, da

Digitized by Google

Schuldverhältnis nicht begründet, das Geschäft vielmehr als Spiel behandelt (oben S. 790).

d. Börsengeschäfte.

1. Allgemeines.

Börsengeschäfte sind solche Rechtsgeschäfte, welche:

α. an einer Börse,

β. über deren Verkehrsgegenstände,

γ. in der Börsenzeit

geschlossen werden. Der Abschluß geschieht formlos, doch ist es allgemein gebräuchlich, die wesentlichen Bestandteile des Geschäfts in Schlußnoten[10]) oder Schlußscheinen festzustellen.

Das Grundgeschäft der Börse ist der Kauf. Aus ihm und dem auf ihn folgenden Verkaufe besteht eine Börsenspekulation. Doch kann die Reihenfolge beider Geschäfte verschieden sein. Das im einzelnen Falle der Zeit nach erste Geschäft bezeichnet man als Spekulationsgeschäft, das folgende als Realisationsgeschäft. Beginnt die Spekulation mit einem Kaufe, so spricht man von einer Spekulation à la hausse, da ja der Spekulant auf ein Steigen des Preises und daher auf späteren (Deckungs-) Verkauf zu höherem Preise rechnet. Ist das erste Geschäft ein Verkauf, so redet man von einer Spekulation à la baisse, da ja der Spekulant auf ein Fallen des Preises und daher auf einen geringeren Preis bei dem von ihm vorzunehmenden (Deckungs-) Kaufe hofft. Demgemäß spricht man von Haussiers und Baissiers.

---

sich nur sehr wenige Firmen haben eintragen lassen. Dennoch wird der Spieleinwand von Börsenbesuchern sehr selten erhoben, da jeder sich darauf Berufende für die Folgezeit allen Kredit an der Börse verlieren würde.

[10]) In der Form der Stempelung dieser Schlußnoten geschieht die Erhebung der Börsensteuer; diese Verkehrssteuer trifft nach dem Reichsgesetze vom 27. April 1894 alle Geschäfte, deren Gegenstand einen Wert von mehr als 600 Mk. hat. Zur Deckung der für die Flottenvermehrung erforderlichen Kosten soll die Börsensteuer erhöht werden.

Digitized by Google

Die Börsengeschäfte sind Kassa- oder Termingeschäfte. Erstere, die auch als Tag-, Effektiv- oder Kontantgeschäfte, bei Produkten als Lokogeschäfte bezeichnet werden, sind am Tag ihres Abschlusses oder am folgenden Tage („per morgen"), spätestens aber (bei den „per einige Tage" abgeschlossenen Geschäften) am dritten Tage vom Käufer und vom Verkäufer zu erfüllen. Bei den Termin- oder Zeitgeschäften haben beide Teile erst von einem späteren Zeitpunkt ab zu leisten. Da dieser Termin meist das Ende eines Monats ist, nennt man die Termingeschäfte auch Ultimogeschäfte.

Alle Börsenzeitgeschäfte gelten als Fixgeschäfte (S. 235). Eine besondere Art der Zeitgeschäfte sind die Differenzgeschäfte (S. 788). Über Börsentermingeschäfte vgl. S. 790.

Während den Zeitgeschäften der Gedanke zu Grunde liegt, daß der Preis eines Papiers an einer bestimmten Börse heute ein anderer ist, als etwa einen Monat später, stützen sich andere Geschäfte darauf, daß der Preis eines Papiers zu gleicher Zeit an der einen Börse höher oder niedriger ist, als an einer anderen; diese letztere Spekulationsmethode bezeichnet man als Arbitrage (III, 349[7]). Übermittelt mir der Telegraph die Nachricht, daß ein bestimmtes Papier heute in Wien zum Kurse von 125 gesucht wird, und weiß ich, daß dasselbe Papier heute in Berlin zum Kurse von 120 zu haben ist, so kaufe ich in Berlin zu 120 und verkaufe in Wien zu 125, gewinne also auf diese Weise 5%. Die Ausnutzung örtlicher und diejenige zeitlicher Preisunterschiede ist demnach zu trennen.

2. Die einzelnen Börsengeschäfte.

α. Die Prämiengeschäfte.

Prämiengeschäfte sind Börsenspekulationsgeschäfte, bei denen sich ein Teil durch Übernahme einer Zahlung in bestimmter Höhe (Prämie) gegen den ihm aus dem Geschäfte drohenden größeren Verlust versichert (Geschäfte mit beschränktem Risiko).

a. Beim Vorprämiengeschäfte kann der Käufer

Digitized by Google

gegen Zahlung eines Reugelds, der sog. Vorprämie, vom Vertrage zurücktreten; dies Geschäft sichert ihn vor den Nachteilen, die ihm ein Sinken der Kurse bringt. Hat A. von B. am 15. April per Ultimo Mai Wertpapiere zum Kurse von 120 gekauft, und steht der Kurs Ultimo Mai auf 115, so hat er einen Schaden von 5% erlitten, da er für ein 115 wertes Papier 120 geben muß. Hat er nun das Geschäft mit einer Vorprämie von 2% geschlossen, so braucht er das an Wert geringer gewordene Papier zum höheren Preise nicht zu nehmen, kann sich vielmehr hiervon durch Zahlung der 2% befreien, kann also nie mehr als diese 2% verlieren. Dagegen ist seine Gewinnmöglichkeit unbegrenzt. Steigt zB. der Kurs am Stichtag auf 130, so wird A. natürlich die Lieferung des Papiers verlangen; doch erhöht sich hierbei der Kaufpreis um die Vorprämie (Écart). Die Formel des Vorprämiengeschäfts ist: A. kauft zu 122/2 oder zu 122 dont 2.

b. Beim Rückprämiengeschäfte steht umgekehrt dem Verkäufer das Recht des Rücktritts vom Verkaufe zu, wenn er ein Reugeld (Rückprämie) zahlt; dieses Geschäft schützt also den (à la baisse spekulierenden) Verkäufer vor den Gefahren, die ihm ein erhebliches Steigen der Kurse bringen könnte. Hat zB. A. per Ultimo Mai Wertpapiere zum Kurse von 120 an B. verkauft, und steigt der Kurs am Stichtag auf 125, so erleidet A. bei der Lieferung zu dem vereinbarten Kaufpreise von 120 einen Verlust von 5%. Ist jedoch das Geschäft als Rückprämiengeschäft abgeschlossen (A. verkauft zu 118/2), dann braucht er das Papier nicht zu liefern, sondern kann gegen Zahlung der Rückprämie von etwa 2% vom Vertrage zurücktreten, kann also nie mehr als die Prämie verlieren. Fällt umgekehrt der Kurs, erweist sich seine Baissespekulation also als richtig, so ist seine Gewinnmöglichkeit unbegrenzt, nur mindert sich sein Gewinn um den Betrag der Rückprämie.

β. Stellgeschäft oder Stellage.

Dies Geschäft giebt der einen Partei das Wahlrecht, ob sie die „gestellten" Wertpapiere zu einem vereinbarten

Digitized by Google

höheren Kurse von dem „Steller" kaufen oder zu einem vereinbarten niedrigeren Kurs an den „Steller" verkaufen will. Bilden z.B. den Gegenstand des Stellgeschäfts Papiere zum Kurse von 120, so erhält eine Partei die Wahl, ob sie die Papiere am Stichtage zum Preise von etwa 125 kaufen oder für etwa 115 verkaufen will. Der Unterschied zwischen den beiden Preisen, der hier 10% beträgt, wird als „Spannung" bezeichnet. — Für das Stellgeschäft gilt die Formel: Ich kaufe eine Stellage zu 125/115.

γ. Das zweischneidige Prämiengeschäft

ist ein Stellgeschäft, bei dem die eine Partei außer dem Wahlrechte zwischen Kaufen und Verkaufen der Papiere noch die dritte Möglichkeit hat, vom Vertrage gegen Zahlung einer Prämie überhaupt zurückzutreten. Sie kann die Papiere zu einem höheren Kurse vom Steller kaufen, zu einem niederen Kurse an den Steller verkaufen, oder vom Geschäfte zurücktreten.

δ. Das Zweiprämiengeschäft

unterscheidet sich von den Geschäften β. und γ. dadurch, daß nicht einem Prämiengeber gegenüber einem Prämiennehmer das Wahlrecht zwischen Kaufen und Verkaufen zusteht, sondern entweder einer Person gegenüber zwei verschiedenen Personen oder zwei Personen gegenüber einer Person. Ich kaufe Papiere, die auf 120 stehen mögen, von A. und verkaufe dieselben Papiere an B. und zwar auf denselben Termin. Dann sind zwei verschiedene Zweiprämiengeschäfte möglich. Entweder verspreche ich die Zahlung einer Vorprämie von etwa 2% an A. und die einer Rückprämie von gleicher Höhe an B. und erhalte als Gegenleistung auf beiden Seiten ein Rücktrittsrecht. Oder A. und B. versprechen mir eine Vor- und Rückprämie, und ich gewähre ihnen ein Rücktrittsrecht. Das Zweiprämiengeschäft umfaßt also ein Vorprämien- und ein Rückprämiengeschäft. Steigen die Papiere von 120 auf 130, so trete ich von meinem Verkaufe zurück und zahle dem Käufer 2% Prämie, andererseits verlange ich von meinem Verkäufer Lieferung und zahle ihm den um

Digitized by Google

2% erhöhten Preis. Fallen die Papiere von 120 auf 110, so trete ich von meinem Kaufe zurück und zahle meinem Verkäufer 2% Prämie; mein Verkaufsgeschäft halte ich aufrecht, muß mich freilich mit dem um 2% verminderten Preise begnügen.

ε. Das Nochgeschäft („Schluß auf fest und offen")

besteht aus einem festen Zeitgeschäft über eine bestimmte Quantität von Waren oder Wertpapieren; hinzutritt aber für die eine Partei das Recht, nach ihrem Belieben ein Vielfaches der fest vereinbarten Quantität zu kaufen oder zu verkaufen, also den Gegenstand des Vertrags zu erweitern. Steht dies Recht dem Käufer zu, so spricht man von „Schluß mit noch"; beim „Schluß mit Ankündigung" hat dagegen der Verkäufer das Recht der Option. Natürlich kann der Gegner bei diesem Geschäfte sich nicht mit dem gerade bestehenden Kurse begnügen; um sein Risiko zu decken, fordert er den kursmäßigen Preis mit einem Zuschlage, dem Ecart. — Kaufe ich zB. für 10 000 Mk. Konsols „mit vierfachem noch", so kann ich am Tage der Erfüllung für 40 000 Mk. Konsols verlangen, muß freilich bei einem Kurse von etwa 86 vielleicht 87 zahlen.

ζ. Das Eskompte- oder Wandelgeschäft

unterscheidet sich dadurch von einem einfachen Zeitgeschäfte, daß der eine Teil schon vor dem vereinbarten äußersten Lieferungstermin Erfüllung des Vertrags verlangen kann. Ist der Berechtigte der Käufer, so nennt man das Geschäft einen „Kauf auf tägliche Lieferung"; hat der Verkäufer das Recht, so spricht man von einem „Verkauf auf Ankündigung". Ein besonders geartetes Wandelgeschäft bezeichnet man als „fix und täglich"; bei diesem kann der berechtigte Teil erst von einem bestimmten Zeitpunkt an Erfüllung verlangen. Auch beim Wandelgeschäfte liegt der Schutz gegen die Gefahr, der sich der eine Teil aussetzt, in einem Zuschlage zum kursmäßigen Preise.

Digitized by Google

η. Prolongations- (Kost-, Report-) Geschäfte.

Sieht sich bei einem Zeitgeschäft eine Partei am Stichtag in ihrer Spekulation getäuscht, so kann sie die mit einem sofortigen Verluste verbundene Realisierung durch Abschluß eines Prolongationsgeschäfts mit dem Gegner oder einem Fremden hinausschieben.[11])

Achtzehnter Titel: Bürgschaft (BGB. §§ 765—778).

§ 157. Bürgschaft. Allgemeines.

a. Begriff.

Eine Bürgschaft (fideiussio)[1]) liegt vor, wenn jemand (der Bürge) dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet ist, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

Aus dieser dem § 765 entnommenen Begriffsbestimmung ergeben sich die folgenden begrifflichen Merkmale der Bürgschaft:

---

[11]) Hat z.B. A. von B. per Ultimo Juni 10 000 Mk. 3% Reichsanleihe zum Kurse von 86% gekauft (Spekulation à la hausse) und steht am Stichtage 3% Reichsanleihe 83%, so müßte er die nur 83% werten Papiere mit 86% abnehmen und entweder die Papiere bis zum Steigen liegen lassen und damit sein Kapital festlegen, oder sie sofort zu 83% wiederverkaufen und damit 300 Mk. verlieren. Glaubt A. nun, daß Ultimo Juli die Reichsanleihe wieder gestiegen sein wird und will er daher die Spekulation um einen Monat verlängern, so schließt er mit C. („Hereinnehmer") ein Reportgeschäft ab, d. h. er verkauft ihm die von B. abzunehmenden 10,000 Mk. Reichsanleihe per Kasse zum Kurse von 83% und kauft ihm per Ultimo Juli den gleichen Betrag zu einem vereinbarten etwas höheren Kurse, z.B. 84%, wieder ab. Die dem Hereinnehmer zukommende Differenz zwischen den Kursen (hier 1%) heißt Report.

Hat umgekehrt A. an B. per Ultimo Juni Papiere zu 86% verkauft (Spekulation à la baisse) und stehen sie am Stichtage 89%, so kann A. das vorläufig zu seinen Ungunsten ausgeschlagene Geschäft dadurch um einen Monat prolongieren, daß er von C. die Papiere per Kasse zu 86 kauft und sie ihm zu einem etwas niedrigeren Preis, etwa zu 85, per Ultimo Juli wieder verkauft. Der dem „Hereingeber" C. erwachsende Gewinn von 1% heißt Deport.

[1]) Institutionentitel 3, 20: De fideiussoribus; Digestentitel 46, 1, Codextitel 8, 40: De fideiussoribus et mandatoribus. ALR. I, 14 Abschnitt 3: Von Kautionen und Bürgschaften.

Digitized by Google

1. Bürgschaft ist das Einstehen für die Verbindlichkeit eines Dritten.

Das Eintreten für eine fremde Schuld, die sog. Interzession, kann in verschiedener Art erfolgen:

α. Jemand nimmt von vornherein eine fremde Schuld als eine eigene auf sich (sog. tacita intercessio oder Intervention); zB.: A. will ein Darlehen aufnehmen, genießt aber keinen Kredit. Sein Freund B., der selbst kein bares Geld, aber bei C. Kredit hat, entnimmt von diesem 1000 Mk. und borgt sie dem A. Dann entstehen zwei von einander völlig getrennte Darlehnsverpflichtungen des A. gegen B. und des B. gegen C.

β. Jemand übernimmt eine bereits bestehende fremde Schuld. Dies ist wieder in verschiedenen Rechtsformen möglich.

a. Erfolgt diese Übernahme dem Schuldner gegenüber (Schuldbefreiungsvertrag, Erfüllungsübernahme, S. 219[8]), so tritt der Übernehmer zu dem Gläubiger des bestehenden Schuldverhältnisses in keine Rechtsbeziehung; vielmehr kann nur der Schuldner von dem Übernehmer verlangen, daß dieser ihn von seiner Schuld befreie.

b. Erfolgt die Übernahme dem Gläubiger gegenüber, so ist eine doppelte Gestaltung denkbar:

1) Privative Interzession: der Eintretende wird Schuldner an Stelle des bisherigen Schuldners (Schuldübernahme, S. 340).

2) Kumulative Interzession: der Eintretende tritt als Schuldner[9]) neben den bisherigen Schuldner; und zwar

entweder als Hauptschuldner, sodaß nunmehr dem Gläubiger eine „Mehrheit von Schuldnern" (oben § 106) gegenüber steht (so beim „Gefälligkeitsaccepte", S. 366[13]);

oder als Nebenschuldner, sodaß der Gläubiger zwar nach wie vor nur einen Hauptschuldner hat, für dessen

---

[9]) Die kumulative Interzession kann nicht nur im Wege des Personalkredits, sondern auch in dem des Realkredits erfolgen, indem jemand für die Schuld eines Anderen eine Sache verpfändet; hierüber vgl. V, 523, 644.

Digitized by Google

Verbindlichkeit aber unter gewissen Voraussetzungen noch auf einen Anderen zurückgreifen kann.

Nur in diesem letzteren Falle liegt Bürgschaft vor. Für das BGB. hat der weitere Begriff der Interzession aber überhaupt keine praktische Bedeutung, da die darunter begriffenen Rechtsgebilde (Erfüllungsübernahme, Schuldübernahme, Gesamtschuld) keinen gemeinsamen Grundsätzen unterstellt sind. Wohl aber hatte dieser umfassende Begriff eine Bedeutung für das rR. wegen der „Interzessionsbeschränkungen" der Frauen (SC. Vellejanum, III, 163[12]), die sich auf alle Arten des Eintretens für eine fremde Verbindlichkeit bezogen.

2. Nach dem Vorstehenden tritt der Bürge in einem zwischen Anderen begründeten Schuldverhältnis als Schuldner neben den Hauptschuldner; die Bürgschaft begründet also eine lediglich accessorische Verpflichtung (III, 88). Daraus folgt:

α. Die Bürgschaft ist nur rechtsbeständig, wenn das Schuldverhältnis, das sie sichern soll, gültig ist. Abweichend vom rR. (l. 6 § 2, l. 7, 16 § 3, l. 60 D. 46, 1) genügt nach BGB. eine sog. „bloß natürliche Verbindlichkeit" (S. 171) nicht. Abweichend von der (sonst der Bürgschaft vielfach gleich geordneten, V, 641) Verpfändung hört die Bürgschaft ferner auf, wenn die Verpflichtung des Hauptschuldners durch Verjährung erlischt. Dagegen kann die Bürgschaft auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden (§ 765 Abs. 2).

β. Der Bürge kann sich nicht zu mehr verpflichten, als der Hauptschuldner. Nach rR. war (wenigstens bei der fideiussio, S. 822) eine die Verbindlichkeit des Hauptschuldners übersteigende Bürgschaftserklärung gänzlich nichtig, nach BGB. ist sie nur hinsichtlich des Übermaßes wirkungslos („utile non debet per inutile vitiari", III, 494).

Umgekehrt kann sich aber der Bürge natürlich auf weniger verpflichten, als der Hauptschuldner, zB. nur bis zu einem gewissen Höchstbetrage.

γ. Dem Bürgen stehen gegen die Forderung des Gläubigers grundsätzlich die Einwendungen zu, die der Hauptschuldner erheben kann; unten S. 828.

Digitized by Google

b. Einteilung.

Man unterscheidet:

1. nach dem Entstehungsgrunde: vertragsmäßige und gesetzliche Bürgschaft (unten S. 820[1]);

2. nach der Art der Haftung dem Gläubiger gegenüber: gewöhnliche (subsidiäre), selbstschuldnerische (prinzipale, S. 831) und Schadlosbürgschaft (fideiussio indemnitatis). Bei dieser verpflichtet sich der Bürge dem Gläubiger gegenüber nur, ihm den Ausfall zu ersetzen, den der Gläubiger bei dem Schuldner erleiden sollte;[a])

3. nach der Art der durch die Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeit in: gewöhnliche Bürgschaft (C. bürgt dem A. für dessen Forderung gegen B.); Nach- oder Afterbürgschaft (der Afterbürge D. bürgt dem Gläubiger A. für die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung durch den Hauptbürgen C., A. kann sich also hintereinander an B., C., D. halten); Rückbürgschaft (der Rückbürge D. bürgt dem Hauptbürgen C. für dessen Regreßforderung gegen B.); der Nachbürge (fideiussor fideiussoris) haftet also dem Gläubiger, der Rückbürge dem Bürgen.

Über Akkordbürgschaft vgl. KO. § 194 (I, 677[9]), über das Delkredere oben S. 628.

---

[a]) Diese Abschwächung hat nach einer doppelten Richtung hin praktische Bedeutung (vgl. l. 116 D. 45, 1, l. 21 D. 46, 3).

a. Während bei der gewöhnlichen Bürgschaft der Bürge die „Einrede der Vorausklage" vorbringen muß (S. 830[7]), gehört bei der Schadlosbürgschaft die Behauptung, daß ein Ausfall eingetreten ist, zur Begründung der Klage.

b. Bei der gewöhnlichen Bürgschaft ist die Einrede der Vorausklage in gewissen Fällen ausgeschlossen, auch ohne daß eine Beitreibung beim Hauptschuldner versucht zu sein braucht (§ 773, S. 831). Bei der Schadlosbürgschaft muß der Ausfall immer ziffernmäßig festgestellt sein, bevor der Gläubiger gegen den Bürgen vorgehen kann. Während zB. bei der gewöhnlichen Bürgschaft der Bürge in Anspruch genommen werden kann, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs auch nur eröffnet ist, muß bei der Schadlosbürgschaft dessen Beendigung abgewartet werden.

Die Schadlosbürgschaft ist im BGB. keinen Sonderregeln unterstellt. Ihre Gestaltung richtet sich also nach der Parteivereinbarung.

Digitized by Google

§ 158. Bürgschaft. Arten.

Die Bürgschaft entsteht grundsätzlich nur durch Vertrag. Jedoch bestimmt das BGB. in einzelnen Fällen, daß jemand unter gewissen Umständen kraft Gesetzes „wie ein Bürge" hafte.[1]) Auf diese kraft Gesetzes entstehende Bürgschaft kommen die Grundsätze der vertragsmäßigen Bürgschaft zur Anwendung. Nur die letztere ist, wie in BGB. §§ 765 ff., im folgenden behandelt.

a. Geschichtliche Entwickelung.

1. Römisches Recht.

Im rR., für das der Personenkredit eine weitaus größere Bedeutung hatte als der Realkredit (V, 487), war das Eintreten eines zweiten Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis in drei Rechtsformen möglich: als fideiussio (Verbalkontrakt), als constitutum debiti alieni (pactum praetorium) und als mandatum qualificatum (Konsensualkontrakt).

α. Fideiussio.

a. Die Verbürgungsform des älteren rR. war die stipulatio (S. 181). Für die Stipulationsbürgschaft (adpromissio) bestanden bis auf Justinian drei Rechtsformen:

1) die sponsio (Quod Titius mihi debet, idem dare spondes?), als Rechtsform des jus civile nur römischen Bürgen zugänglich;

---

[1]) Solche Fälle einer gesetzlichen Bürgschaft finden sich im BGB. in den §§ 571 Abs. 2 (der das Grundstück veräußernde Vermieter haftet dem Mieter für die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Mietverhältnisse durch den Erwerber wie ein Bürge, S. 499) und 1251 Abs. 2 (der Cedent einer durch Pfand gesicherten Forderung haftet für die Erfüllung der aus dem Pfandverhältnisse folgenden Verpflichtungen seitens des in den Besitz der Pfandsache gesetzten Cessionars wie ein Bürge, V, 671[1]).

Aus dem bisherigen Recht ist zu erwähnen § 32 Abs. 3 der Pr. Vormundschaftsordn. v. 5. 7. 75, wonach der Ehemann einer zum Vormunde bestellten Frau für die vormundschaftliche Verwaltung als Bürge haftete. Dies ist in das BGB. nicht übergegangen.

Digitized by Google

2) die fidepromissio (idem fide promittis?), später entstanden und auch Peregrinen zugänglich;

3) die fideiussio (idem fide tua esse jubes?), zuletzt entstanden und im justinianischen Recht allein übrig geblieben.[2])

---

[2]) Die fideiussio weist den beiden älteren Rechtsformen gegenüber in vielfacher Beziehung Fortschritte auf.

a. Während sponsio und fidepromissio nur neben einer durch Verbalkontrakt begründeten Hauptschuld, also einer Stipulationsschuld (S. 181), vorkommen konnten, war die fideiussio neben allen Arten von Schuldverhältnissen zulässig.

b. Die Verbindlichkeit aus sponsio und fidepromissio begründete eine ausschließlich persönliche, nicht vererbliche Schuld des Bürgen. Die Verbindlichkeit des fideiussor ging auch auf seine Erben über.

c. Die accessorische Natur der Bürgschaft war nur bei der fideiussio folgerichtig durchgeführt. Sponsio und fidepromissio waren insbesondere verpflichtend, auch wenn die Hauptschuld wegen Geschäftsunfähigkeit des Schuldners nichtig war.

d. Nur auf sponsio und fidepromissio bezogen sich die 3 älteren „leges de sponsu".

1. Nach einer lex Publilia (Philonis, 383 v. Chr.?) hatte der Sponsor, falls ihm der Schuldner den verauslagten Betrag nicht binnen 6 Monaten erstattete, eine actio depensi, die unmittelbar vollstreckbar war (manus injectio pro judicato, I, 271) und beim Leugnen auf das Doppelte wuchs (I, 228).

2. Nach einer lex Apuleja (390 v. Chr.?) hatten Mitbürgen (Sponsoren und Fidepromissoren), die mehr als einen Kopfteil gezahlt hatten, einen entsprechenden Regreßanspruch gegen die übrigen.

3. Nach einer lex Furia de sponsu (345 v. Chr.?) sollte jeder Sponsor und Fidepromissor nur zwei Jahre und jeder Mitbürge nur auf einen Kopfteil haften.

4. Nach der (später durch die Praxis auch auf die fideiussio ausgedehnten) lex Cicereja (173 v. Chr.?) sollte der Gläubiger dem Bürgen vor Eingehung der Bürgschaft die Höhe der Schuld und die Zahl der Mitbürgen anzeigen; mangels einer Anzeige konnte der Bürge durch eine dies feststellende Klage (praejudicium an praedictum sit) sich von der Bürgschaft befreien.

5. Alle Bürgschaftsformen dagegen betraf die lex Cornelia (88 v. Chr.), wonach niemand in demselben Jahre für denselben Schuldner und bei demselben Gläubiger mit mehr als 20,000 Sesterzen Bürgschaft leisten sollte.

Keines dieser leges de sponsu ist in das justinianische Recht übergegangen.

Digitized by Google

b. Die fideiussio des justinianischen Rechts begründete eine streng accessorische Verpflichtung. Sie konnte weder „in aliud“ (zB. neben einer Warenschuld nicht auf Geld) noch „in duriorem causam“ (zB. nicht unbedingt für eine bedingte Schuld, l. 8 § 7 D. 46, 1) eingegangen werden, sonst war sie überhaupt nichtig. Ihr Umfang richtete sich nach dem jedesmaligen Bestande der Hauptschuld; der fideiussor haftete daher auch für deren Erweiterungen durch Verzug des Schuldners (für „omnis causa“, I, 324).

Ursprünglich hatte der fideiussor völlig die Stellung eines Korrealschuldners. Daher wurde der Hauptschuldner durch Litiskontestation mit dem fideiussor befreit (und umgekehrt, vgl. S. 356); ferner konnte sich der Gläubiger auch von vornherein an den Bürgen halten, und endlich haftete jeder von mehreren Mitbürgen als Gesamtschuldner. Später erhielt der Bürge eine weniger gefährliche Rechtsstellung. Die „gesamtzerstörliche Wirkung“ der Litiskontestation wurde durch Justinian beseitigt (S. 358). Der zuerst belangte Bürge konnte ferner mit dem in Novelle 4 eingeführten beneficium excussionis personalis s. ordinis regelmäßig die vorherige Belangung des Hauptschuldners verlangen (unten S. 830). Jeder von mehreren Mitbürgen konnte sich (seit einer epistola Hadriani) regelmäßig des beneficium divisionis bedienen und damit seine bloße Teilhaftung durchsetzen (unten S. 832). Endlich konnte der Bürge bei der Leistung Abtretung der Klage gegen den Schuldner und die Mitbürgen verlangen und dadurch seinen Regreßanspruch durchsetzen (beneficium cedendarum actionum; unten S. 832).

β. Constitutum.

Zu Bürgschaftszwecken konnte nach späterem rR.[3]) auch das constitutum (Erfüllungsversprechen, S. 244[3]) be-

[3]) Digestentitel: De pecunia constituta 13,5; Kodextitel: De constituta pecunia 4, 18. Justinian verschmolz in l. 2 C. 4, 18 das im prätorischen Recht ausgebildete constitutum mit dem dem älteren Recht angehörenden receptum argentarii. Hierbei sagte ein Bankier für einen Geschäftsfreund (meist auf dessen An-

Digitized by Google

nutzt werden, wenn es nicht vom Hauptschuldner (c. debiti proprii), sondern von einem Dritten abgegeben wurde (c. debiti alieni).

Das constitutum unterschied sich von der fideiussio nach Form und Inhalt.

a. Die fideiussio erforderte Stipulationsform und war also ein Verbalkontrakt; das constitutum war als pactum praetorium (S. 196) auch formlos klagbar (actio de pecunia constituta).

b. Die Verpflichtung des fideiussor richtete sich, wie erwähnt, nach dem jedesmaligen Bestande der Hauptschuld. Dagegen übernahm der Konstituent eine selbständige[4]) Verpflichtung nach Maßgabe der Schuldverpflichtung des Hauptschuldners im Augenblicke der Erfüllungsübernahme. Die später die Hauptschuld treffenden Ereignisse berührten Rechtsbeständigkeit und Umfang des constitutum nur soweit, als sie zur Befriedigung des Gläubigers führten. Der Konstituent haftete daher selbst dann, wenn die Hauptschuld später (zB. durch Verjährung, l. 18 § 1 D. 13, 5) untergegangen war; insbesondere wurde der Bürge durch Litiskontestation des Gläubigers mit dem Hauptschuldner auch schon vor Justinian nicht befreit (l. 18 § 3 D. 13, 5). Andererseits haftete der Konstituent nicht für spätere Erweiterungen der Hauptschuld (zB. durch Erfüllungsverzug). Endlich konnte das Konstitut zwar auch nicht auf mehr als die Hauptschuld gehen; eine weitergehende Übernahme war aber nur hinsichtlich des Übermaßes (nicht, wie bei der fideiussio, überhaupt) nichtig. Das Konstitut konnte auch auf etwas anderes gehen (zB. Übernahme der Verpflichtung bis zu einem

---

weisung) einem Dritten (dem Rezepten) gegenüber „gut". Der Rezept machte diese Schuldübernahme mit einer actio recepticia geltend. Auf dieses receptum beziehen sich, wie Lenel erwiesen hat, die meisten der vom constitutum debiti alieni handelnden Digestenstellen (zB. l. 12, 27, 28 D. 13, 5); vom eigentlichen constitutum handeln aber zB. l. 2, 5 §§ 2, 3 D. 13, 5.

[4]) Während also der fideiussor nach gemeinrechtlicher Ausdrucksweise die Stellung eines Korrealschuldners hatte, hatte der Konstituent die eines „bloßen Solidarschuldners" (S. 356).

Digitized by Google

Höchstbetrage neben einer Warenschuld) und unter anderen Nebenbestimmungen eingegangen werden als die Hauptschuld.

γ. Mandatum qualificatum (Kreditauftrag).

Eine Bürgschaft konnte endlich nach späterem rR.[5]) noch unter Benutzung des Mandats (S. 665) in der Weise eingegangen werden, daß jemand einem Anderen den (als Konsensualkontrakt formlos wirksamen) Auftrag erteilte, einem Dritten auf Gefahr des Auftraggebers (Mandator) Kredit zu gewähren oder zu belassen. In dieser Form konnte eine Bürgschaft auch vor Begründung der dadurch gesicherten Verbindlichkeit begründet werden (Krediteröffnungsvertrag). Der Kreditauftrag unterlag als Art des Mandats dessen Grundsätzen: er erlosch insbesondere, wenn Auftraggeber oder Beauftragter vor der Ausführung zurücktraten oder starben (S. 672[6]).

2. Gemeines Recht.

Da die Stipulation dem Gemeinen Rechte fremd war (S. 196), vielmehr alle Schuldverträge formlos geschlossen werden konnten, konnte nur der innerliche Unterschied zwischen fideiussio und constitutum noch in Frage kommen. Vangerow wollte beide Rechtsformen auch noch für das moderne Gemeine Recht unterscheiden (vgl. ERG. 10, 186). In Wahrheit hatten sich jedoch beide Verbürgungsformen zu einem einheitlichen Institute verschmolzen, indem die starren, dem modernen Geschäftsverkehre hinderlichen Sätze der fideiussio (als eines negotium stricti juris, S. 187) durch die freieren Normen des Konstituts gemildert wurden. Daher war zB. nach Gem. R. die Bürgschaft (nach Art des Konstituts) auch für künftige Schulden zulässig, an eine Form nicht geknüpft, auch in aliam causam gültig und, falls in duriorem causam eingegangen, höchstens hinsichtlich des Übermaßes wirkungslos. Andererseits begründete die Bürgschaft (gleich der fideiussio) nur eine accessorische Haftung nach Maßgabe der jeweiligen Verpflichtung des Hauptschuldners.

[5]) Die älteren Juristen behandelten dieses mandatum aliena gratia (S. 668[4]) als bloßen, kein Schuldverhältnis begründenden Rat.

Digitized by Google

Neben der eigentlichen Bürgschaft kannte das Gemeine Recht auch das mandatum qualificatum.

b. Bürgerliches Gesetzbuch.

Gesetzlich geordnet ist im BGB. außer der eigentlichen Bürgschaft (§§ 765—777) nur der Kreditauftrag (§ 778).

1. Ein Kreditauftrag liegt vor, wenn jemand einen Anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung[6]) einem Dritten Kredit zu geben. Hat hierauf hin der Beauftragte Kredit gewährt, so haftet ihm der Auftraggeber für die Verbindlichkeit des Dritten als Bürge. In allen anderen Beziehungen kommen aber die Grundsätze des Auftrags zur Anwendung. Der Kreditauftrag bedarf daher nicht der für die eigentliche Bürgschaft vorgeschriebenen Schriftform (§ 766); er kann vom Auftraggeber jederzeit widerrufen, vom Beauftragten jederzeit gekündigt werden (§ 671) und erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten (§ 673). Hiernach kommen von den für die Bürgschaft gegebenen Vorschriften auf den Kreditauftrag nur diejenigen zur Anwendung, die die Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger betreffen (§§ 767—773, 776, 777, unten § 159).

2. Zur Gültigkeit eines eigentlichen Bürgschaftsvertrags ist (wie nach ALR. I, 14 § 203) schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt (§ 766). Diese (durch den Reichstag

[6]) Dadurch unterscheidet sich der Kreditauftrag vom Kreditbrief („Akkreditiv"). Geht A. auf Reisen, so läßt er sich, um das Mitnehmen baren Geldes zu vermeiden, von seinem Bankier B. auf die diesem befreundeten Bankhäuser C. in Rom, D. in Alexandrien, E. in Colombo usw. einen „Kreditbrief ausstellen", d. h. eine Anweisung, an A. auf dessen Verlangen und auf Rechnung von B. Zahlungen bis zu bestimmter Höhe zu leisten. Hierbei tritt der Zahlungsempfänger zu den Zahlenden überhaupt in kein Schuldverhältnis, vielmehr können diese sich allein an den anweisenden B. halten, während beim Kreditauftrage der Zahlungsempfänger als Hauptschuldner, der Auftraggeber nur als Bürge haftet.

Digitized by Google

eingefügte) Formvorschrift beruht — gleich der ähnlichen des § 518 (S. 448, Schenkung) — auf der Erwägung, daß mündliche Gutsagen leichtsinnig erteilt werden, daß der als Bürge Eintretende sich aber wohl besinnt, wenn er eine Rechtsform beobachten oder sogar sofort eine Leistung bewirken soll.[7])

§ 159. Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger.

a. Umfang der Haftung des Bürgen.

Die Bürgschaft begründet, wie S. 818 erwähnt, ein accessorisches Schuldverhältnis.[1]) Daher ist nach § 767 für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend.

---

[7]) Dagegen bedarf die Schuldübernahme keiner Form (S. 341). Ist die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft, so findet die Formvorschrift des § 766 keine Anwendung. (HGB. § 350). Eine andere Besonderheit einer solchen Handelsbürgschaft ist die Nichtgeltung der Einrede der Vorausklage (HGB. § 349). Auf Minderkaufleute (HGB. § 4) finden beide Vorschriften keine Anwendung (HGB. § 351). Nach altem HGB. Art. 281 hatte die Handelsbürgschaft gegenüber dem Gem. R. (S. 832) die fernere Besonderheit, daß bei ihr das beneficium divisionis nicht statt hatte. Im neuen HGB. fehlt eine entsprechende Vorschrift, da nach BGB. § 769 alle Mitbürgen als Gesamtschuldner haften, das Teilungsrecht ihnen also überhaupt entzogen ist (S. 832).

Über die Besonderheiten der Wechselbürgschaft vgl. WO. Art. 81. Danach trifft die volle wechselmäßige Verpflichtung auch den, der den Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) bezeichnet hat. Der Wechselbürge hat weder die Einrede der Teilung noch die der Vorausklage. Dagegen ist auch die Wechselbürgschaft accessorisch; denn wie das Wort „mitunterzeichnet" ergiebt, setzt sie das Vorhandensein der Unterzeichnung durch einen Hauptverpflichteten (Aussteller, Bezogenen, Indossanten) voraus.

[1]) Diese Natur hat auch die selbstschuldnerische Bürgschaft, bei der nur die regelmäßig subsidiäre Haftung des Bürgen in eine prinzipale umgewandelt ist (S. 831). Im übrigen haftet auch

Digitized by Google

1. Ist die Hauptschuld (zB. durch Erfüllung, Annahme an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, durchgeführte Aufrechnung, Verjährung) erloschen oder gemindert, so kann sich auch der Bürge hierauf berufen. Nur kommt nach KO. § 193 die durch Zwangsvergleich herbeigeführte Minderung der Hauptschuld dem Bürgen nicht zu statten (I, 678); unten S. 829.

2. Ist die Hauptschuld (selbst durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners) erweitert, so haftet der Bürge auch hierfür, es sei denn, daß er den Umfang seiner Haftung durch einen Höchstbetrag „limitiert" hat. Nur kann natürlich die Verpflichtung des Bürgen nicht durch ein neues Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt (zB. auch Änderung des Leistungsorts oder der Leistungszeit, Erhöhung des Zinssatzes), erweitert werden.

Kraft besonderer[2]) Vorschrift (§ 767 Abs. 2) haftet der Bürge für die dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (vgl. die ähnliche Haftung des Grundstücks für die Hypothek, § 1118; V, 532).

3. Beerbt der Hauptschuldner den Bürgen oder umgekehrt, so erlischt die Bürgschaft, es sei denn, daß der

---

der selbstschuldnerische Bürge für eine fremde Schuld, nicht, wie ein Gesamtschuldner, für eine eigene. Abgesehen von der Einrede der Vorausklage stehen also auch ihm die dem gewöhnlichen Bürgen zustehenden Einreden zur Seite.

Denkbar ist freilich auch heute noch ein Eintreten für fremde Schuld nach Art des römischen Konstituts, also unter Begründung einer selbständigen Verpflichtung des Eintretenden, Verzicht auf bestimmte Einreden usw. Ein derartiges Rechtsverhältnis ist aber dann keine Bürgschaft im Sinne des BGB. mehr (vgl. ebenso für das Gemeine Recht ERG. 34, 153).

[2]) Dagegen ist die Frage, ob der Bürge auch für Vertragszinsen und Vertragsstrafen haftet, nicht ausdrücklich entschieden, vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falls zu beantworten. Nach ALR. I, 14 § 259 sprach eine gesetzliche Vermutung gegen die Haftung; nur der selbstschuldnerische Bürge haftete ohne weiteres auch hierfür (I, 14 § 270). Dies ist in das BGB. nicht übergegangen.

Digitized by Google

Gläubiger an ihrem Fortbestehen ein Interesse hat, zB. wenn der Bürge für die Erfüllung seiner Verpflichtungen ein Pfand bestellt hat (ebenso schon l. 21 § 2 D. 46, 1).

4. Was die Beweislast betrifft, so braucht der gegen den Bürgen vorgehende Gläubiger außer der Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung nur zu beweisen, in welchem Umfange sein Anspruch gegen den Hauptschuldner entstanden ist. Den Beweis der die Haftung des Hauptschuldners ausschließenden oder mindernden Umstände muß der Bürge führen, ebenso wie der Hauptschuldner dies bei einer gegen ihn angestellten Klage thun müßte (rechtsvernichtende Thatsachen, I, 217[3]).

b. Einreden des Bürgen.

1. Einreden aus der Person des Hauptschuldners.

Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen und verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet (§ 768).[3]) Für einzelne Fälle gilt besonderes:[4])

α. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge

---

[3]) Auch der Bürge kann, wenn der Charakter der Bürgschaft gewahrt bleiben soll, auf die Einreden aus der Person des Hauptschuldners nicht verzichten (S. 818).

[4]) Auch nach rR. standen dem Bürgen nicht alle Einreden des Hauptschuldners zu Gebote (ungenau sagt l. 19 D. 44, 1: **Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt**).

a. Der Bürge konnte sich der höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners nicht bedienen, so besonders nicht des dem Hauptschuldner zustehenden **beneficium competentiae** (S. 158, vgl. l. 7 pr. D. 44, 1).

b. Die exceptio SC. Macedoniani (S. 527) stand nur den Bürgen zu, die gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen konnten (l. 9 § 3 D. 14, 6: **nisi forte donandi animo intercesserunt**).

Nach ALR. I, 14 § 254 konnte der Bürge die Einrede der Ungültigkeit des Hauptvertrags nicht erheben, wenn sich die Ungültigkeit bloß aus persönlichen Eigenschaften des Hauptschuldners ergab. Vielmehr haftete der Bürge in solchen Fällen als Hauptschuldner, zB. für ein Darlehen an einen Subalternoffizier (S. 529).

Digitized by Google

nicht darauf berufen, daß der Erbe (gemäß §§ 1973, 1975 ff., 1993 ff., vgl. II, 734[2]) für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.[5])

β. Nach KO. § 193 kann sich der Bürge auf einen vom Hauptschuldner abgeschlossenen Zwangsvergleich nicht berufen (I, 678).[6])

2. Eigene Einreden des Bürgen.

Der Bürge kann dem Hauptschuldner natürlich zunächst die ihm aus besonderen Gründen unmittelbar zustehenden Einwendungen entgegenstellen, zB. Ungültigkeit der Bürgschaftsübernahme, Verzicht oder Stundung. Außerdem stehen aber jedem Bürgen kraft Gesetzes gewisse Rechtsbehelfe zur Seite.

α. Anfechtung und Aufrechnung.

a. Ist das der Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nichtig, so kann der Bürge sich auf die hieraus folgende Nichtigkeit der Bürgschaft (S. 818) ohne weiteres berufen. Ist das Rechtsgeschäft dagegen nur anfechtbar, so bedarf es (III, 498) eines Willensentschlusses des Hauptschuldners, um die Anfechtung des Rechtsgeschäfts und damit (III, 499) die Nichtigkeit der Bürgschaft herbeizuführen. Solange der Hauptschuldner nun diesen Willen nicht geäußert hat, könnte der Bürge auf die Anfechtbarkeit keine Einrede stützen. Andererseits wäre es unbillig, den Bürgen nicht gegen die Inanspruchnahme zu schützen, solange die Sachlage noch in der Schwebe ist. Daher gewährt § 770 Abs. 1 dem Bürgen eine dilatorische (III, 642)

[5]) Hierin liegt keine wirkliche Ausnahme von dem Satze, daß der Bürge sich aller Einreden des Hauptschuldners bedienen kann. Denn die Einrede der beschränkten Haftung steht nicht dem Hauptschuldner oder dem Erben als seinem Rechtsnachfolger, sondern dem Erben aus eigenem Rechte zu. Ferner soll die Bürgschaft gerade im Falle der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners praktisch werden; vgl. die ähnliche Bestimmung des § 1137 für die Hypothek (V, 574).

[6]) Nach l. 58 § 1 D. 17, 1 war ihm die Berufung auf den Zwangsvergleich nur gestattet, wenn der Gläubiger diesem zugestimmt hatte.

Digitized by Google

Einrede: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten".

b. Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (§ 770 Abs. 2). Das Gemeine Recht (l. 4, 5 D. 16, 2) und das ALR. (I, 16 § 328) gewährten dem Bürgen ohne weiteres die Befugnis, Forderungen des Hauptschuldners zur Aufrechnung zu stellen (S. 276).

β. Einrede der Vorausklage.

a. Nach älterem rR. (wie auch nach altdeutschem Rechte) haftete der Bürge, sofern er sich nicht ausdrücklich als bloßer fideiussor indemnitatis (S. 819) verbürgt hatte, prinzipaliter, d. h. der Gläubiger konnte sich nach seiner Wahl zuerst an den Hauptschuldner oder zuerst an den Bürgen halten. In Novelle 4 c. 1 (535 n. Chr.) gab nun Justinian jedem Bürgen (fideiussor, mandator, constituens, S. 822) das beneficium excussionis personalis s. ordinis, d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger sich erst dann an ihn halte, wenn die Unmöglichkeit, die Leistung vom Hauptschuldner zu erlangen, feststand. Dieser Grundsatz der bloß subsidiären Haftung des Bürgen ist mit einem Teile der Ausnahmen in das ALR. (I, 14 §§ 283 ff.) und das BGB. übergegangen (nicht aber in das alte HGB. Art. 281 und das neue HGB. § 349, oben S. 826[7]).

b. Nach § 771 kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern,[7]) solange nicht der Gläubiger eine

[7]) Wie der Ausdruck „verweigern" ergiebt, muß der Bürge sich auf diese Rechtswohlthat berufen. Wenn also C. sich für ein von A. an B. gegebenes Darlehen verbürgt und A. gegen C. als Bürgen klagt, so kann beim Nichterscheinen C.s im Verhandlungstermine gegen ihn Versäumnisurteil erlassen werden, auch wenn die Klage nicht erkennen läßt, ob gegen den Hauptschuldner bereits eine Vollstreckung versucht ist (anders nach ALR. I, 14 § 283). Erhebt C. die Einrede der Vorausklage, dann hat der Gläubiger A. zu be-

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).

Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so genügt zum Ausschlusse der Einrede die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und dem etwa davon verschiedenen Ort einer gewerblichen Niederlassung, in letzter Linie an seinem Aufenthaltsorte (§ 772 Abs. 1). Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen (§ 772 Abs. 2). Insoweit hat der Bürge also ein beneficium excussionis realis (V, 656[2]).

Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

1) wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner (S. 819) verbürgt hat;

2) wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;

3) wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet wird;

4) wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache

---

weisen, daß die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen er sich an den Bürgen halten kann (str.). Es liegt ein ähnliches Verhältnis vor, wie bei der sog. exceptio non adimpleti contractus (S. 210[2]).

Nach § 202 Abs. 2 wird die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen durch die Zulässigkeit der Vorschützung des benef. excussionis nicht gehemmt (III, 642).

Digitized by Google

des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat (§ 773).

Ähnliches galt schon nach Gem. R. und nach ALR. I, 14 §§ 297 ff.

c. Haftung von Mitbürgen.

Verbürgen sich Mehrere (neben einander, nicht wie bei der Nachbürgschaft, S. 819, hinter einander), so kann, wie bei jeder Haftung mehrerer Schuldner (S. 353), Teilhaftung oder Gesamthaftung in Frage kommen.

1. Nach älterem rR. standen Mitbürgen dem Gläubiger als einzelne gegenüber. Sie hafteten solidarisch (§ 4 I. 3, 20) und hatten nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsgrunds Regreß gegen einander. Beides wurde später geändert:

α. Nach einer epistola Hadriani konnte der allein beklagte Mitbürge verlangen (sog. beneficium divisionis), daß der Gläubiger die Forderung auf alle Bürgen verteile, „qui modo solvendo sint litis contestatae tempore" (§ 4 J. 3, 20). Beim Ableugnen der Bürgschaft, bei Abwesenheit der Mitbürgen und im Falle selbstschuldnerischer Bürgschaft verlor der Beklagte die Rechtswohlthat (l. 10 pr., § 1 D. 46, 1).

Über die hiermit zusammenhängende provocatio ex lege Si contendat vgl. I, 276[1].

β. Zahlte ein Mitbürge mehr als seinen Kopfteil, so konnte er mittelst des nach richtiger Ansicht auch ihm zustehenden beneficium cedendarum actionum (S. 367 und unten S. 834) gegen die übrigen Mitbürgen Regreß nehmen.

2. Das beneficium divisionis ist weder in das ALR. (I, 14 § 374), noch in das alte HGB. (Art. 281), noch in das BGB. übergegangen: § 769: „Verbürgen sich Mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen".

Mitbürgen haften einander nur nach § 426

Digitized by Google

(§ 774 Abs. 2; vgl. oben S. 366). Den Erfüllenden haften die Übrigen also im Zweifel nach Kopfteilen.

d. Endigung der Bürgschaft.

Abgesehen vom Untergange der Hauptforderung (S. 827) und von der Konfusion (S. 827) endigt die Bürgschaft in zwei besonderen Fällen:

1. Giebt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 (S. 832) hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist (§ 776).

2. Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 (S. 831) betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht (§ 777).

§ 160. Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner.

a. Allgemeines.

Die Bürgschaft wird meist im Einverständnisse mit dem Hauptschuldner und in dessen Auftrag übernommen. Notwendig ist dies jedoch nicht; ja die Übernahme kann, wie auch die Leistung (S. 80), selbst gegen den Willen des Hauptschuldners erfolgen; denn der Bürgschaftsvertrag wird zwischen Gläubiger und Bürgen geschlossen. Das

Digitized by Google

Verhältnis des Schuldners zum Bürgen, insbesondere die Frage des Regresses, entscheidet sich daher nicht nach dem Bürgschaftsvertrage, sondern zunächst nach dem die Verbürgung veranlassenden Rechtsgrunde (Schenkung, Auftrag, auftragslose Geschäftsführung).

1. Nach älterem rR. hatte folgerichtig (von der actio depensi abgesehen, S. 821[3]) der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nur, wenn ihm die actio mandati contraria (Verbürgung kraft Auftrags) oder die actio negotiorum gestorum contraria (Verbürgung kraft auftragloser Geschäftsführung) zur Seite stand, also nicht, falls er sich donandi animo oder gegen Verbot des Hauptschuldners verbürgt hatte. Später gewährte man jedem Bürgen (indem man ihn gewissermaßen als Käufer der von ihm bezahlten Forderung behandelte, l. 36 D. 46, 1) das beneficium cedendarum actionum, d. h. die Befugnis, zu verlangen, daß ihm der Gläubiger Zug um Zug gegen Erfüllung seine Ansprüche gegen den Schuldner abtrete. Ob der Bürge mit der actio cessa freilich gegen den Schuldner durchdringen konnte, bestimmte sich wieder nach dem der Verbürgung zu Grunde liegenden Verhältnisse zwischen Bürgen und Schuldner; der Schuldner konnte zB. die Einrede machen, daß die Verbürgung in Schenkungsabsicht erfolgt sei.

2. Das BGB. hat (wie schon das ALR. I, 14 § 338) an die Stelle der erzwingbaren Abtretung (cessio necessaria, S. 309[10]) den Forderungsübergang kraft Gesetzes (cessio legis, S. 311) gesetzt. § 774 bestimmt: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über und zwar mit allen Nebenrechten (Pfändern, Rechten gegen Mitbürgen; vgl. für letztere jedoch § 774 Abs. 2, S. 833). Der Übergang kann jedoch nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden (Kollisionsklausel, vgl. V, 186[11]; „nemo subrogat contra se“).[1]) Einwen-

[1]) Zahlt also Bürge C. dem Gläubiger A. auf B.s Schuld von 2000 Mk., nachdem B. in Konkurs verfallen ist, 1000 Mk. ab, so kann er diese 1000 Mk. nicht als Konkursforderung anmelden. Denn

Digitized by Google

dungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben — wie nach Gem. R., s. o. — unberührt.

b. Anspruch auf Befreiung.

Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;

2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;

3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;

4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten (§ 775).

Neunzehnter Titel. Vergleich (BGB. § 779).

§ 161. Der Vergleich.[1])

a. Begriff.

Vergleich (transactio) ist nach § 779 ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien

---

dadurch wäre A. gehindert, die vollen 2000 Mk. geltend zu machen (vgl. KO. § 68) und hierauf die Konkursdividende zu beanspruchen. Erst wenn A. voll befriedigt ist, d. h. wenn 50 % gezahlt sind, kann C. seine Regreßforderung geltend machen; ERG. 8, 291.

[1]) Digestentitel 2, 15, Codextitel 2, 4: **De transactionibus.** ALR. I, 16 Abschnitt 8: Von Vergleichen.

Digitized by Google

über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.

Begriffsmerkmale des Vergleichs sind hiernach:

1. Vorhandensein eines streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisses. Es genügt auch eine bloß subjektive (nach der Meinung der Beteiligten vorhandene) Ungewißheit. Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es nach § 779 Abs. 2 gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist. Im Gegensatze zu der herrschenden Meinung des Gem. R. (vgl. l. 7 pr., l. 11 D. 2, 15, l. 23 § 1 D. 12, 6) ist also nach BGB. auch ein Vergleich über einen rechtskräftig entschiedenen Anspruch an sich zulässig,[2]) und ferner unterfallen sowohl der Zwangsvergleich im Konkurs (I, 673) als auch der außergerichtliche „Akkord" (I, 673[3]) dem Begriffe des Vergleichs.

2. Gegenseitiges Nachgeben. Kein Vergleich ist das bedingungslose Anerkenntnis des Gegenanspruchs oder der Verzicht auf einen Anspruch. Es genügt aber zB. die Anerkennung des Klageanspruchs gegen Bewilligung von Ratenzahlungen.

3. Abschluß eines Vertrags. Er bedarf nach BGB.[3]) keiner Form; ja als Grundlage eines Schuld-

---

Die systematische Stellung des Vergleichs war gemeinrechtlich bestritten. Das BGB. hat den Vergleich in den besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse gestellt, weil er, wenngleich er sich gleich dem Vertrage (III, 388) auf alle Rechtsgebiete, auch Sachen-, Familien- und Erbrecht, beziehen kann, doch an sich — also abgesehen von den mit ihm verbundenen dinglichen Rechtsgeschäften (Abtretung, Erlaß, Verzicht, S. 837) — nur obligatorische Beziehungen der Parteien regelt.

[2]) Aus l. 6 D. 2, 15, wonach ein Vergleich über Testamentsstreitigkeiten nicht früher abgeschlossen werden kann, „**quam inspectis cognitisque verbis testamenti**", wurde ferner die Unzulässigkeit eines Vergleichs unter den Erben vor der Testamentseröffnung gefolgert.

[3]) Nach Gem. R. bedurften Vergleiche über künftige Alimente der gerichtlichen Bestätigung. Eine oratio Mark Aurels bestimmte dies zunächst für vermachte Alimente (l. 8 pr. § 2

Digitized by Google

versprechens oder Schuldanerkenntnisses macht er sogar die in diesen Fällen regelmäßig vorgeschriebene Schriftform überflüssig (§ 782, S. 844).

Mit dem an sich nur obligatorische Wirkungen schaffenden Vergleiche werden häufig die zu seiner Ausführung dienenden, dinglich wirkenden Rechtsakte (Abtretung, Erlaß, Verzicht) verbunden. Der Vergleich kann sich nur auf Rechtsgebiete erstrecken, die der Parteivereinbarung überhaupt unterworfen sind.[4])

b. Wirkung.

Der Vergleich soll den Streit der Parteien gleich einem rechtskräftigen Urteile[5]) beenden (l. 20 C. 2, 4: non minorem

---

D. 2, 15), Gordian (l. 8 C. 2, 4) erstreckte dies auf alle künftigen Alimente.

Das BGB. hat zwar keine Formvorschrift für künftige Unterhaltsbeträge gegeben, diese aber gewissen anderen Beschränkungen unterworfen; vgl. §§ 1614, 1360 Abs. 3 (für die Zukunft kann auf den Unterhalt nicht verzichtet werden), 1714 (eine Vereinbarung zwischen Vater und Kind über den Unterhalt für die Zukunft bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts).

Nach § 1822[12] bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Vergleich oder Schiedsvertrag, es sei denn, daß der Gegenstand des Streits oder der Ungewißheit in Geld schätzbar ist und den Wert von 300 Mk. nicht übersteigt.

[4]) Eheleute können sich also z.B. nicht auf dauernde Trennung von Tisch und Bett vergleichen. Der Vergleich über die civilrechtlichen Folgen eines Delikts ist zulässig (vgl. III, 444), über die strafrechtlichen bedeutungslos; wenn z.B. A. den B. schlägt und B. gegen Empfang von 100 Mk. auf jede gerichtliche Geltendmachung verzichtet, so muß dem trotzdem rechtzeitig gestellten Strafantrage B.s Folge gegeben werden; denn das StGB. kennt keinen Verzicht auf das Antragsrecht.

[5]) Die Ähnlichkeit ist besonders groß bei den im Lauf eines Rechtsstreits geschlossenen gerichtlichen Vergleichen, die in der CPO. geordnet und für die Praxis von größter Bedeutung sind.

a. Aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zwischen den Parteien oder (Zusatz der CPO.-Novelle, I, 357) zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits vor einem deutschen Gerichte (nicht nur vor dem Prozeßgerichte, sondern z.B. auch vor einem ersuchten oder beauftragten Richter), sowie aus Vergleichen, welche im Falle des § 510 (Sühneversuch, I, 422[4]) vor dem Amtsgerichte geschlossen sind, findet die Zwangsvollstreckung

Digitized by Google

auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse). Ebenso wie die durch Urteil, muß daher die durch Vergleich geschaffene Rechtslage unanfechtbar sein.[6]) Hiervon macht § 779 für den Fall des Irrtums eine Ausnahme. Der Vergleich ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. Dagegen kann ein Irrtum über die von den Parteien als zweifelhaft behandelten Punkte die Unwirksamkeit nicht herbeiführen; denn dagegen soll der Vergleich ja gerade schützen.[7])

---

statt. Als Vollstreckungstitel dient eine vollstreckbare Ausfertigung (I, 543) des Protokolls. Das Rubrum (I, 414[62]) des einen Vergleich enthaltenden Protokolls (vgl. CPO. § 160 Abs. 2 Nr. 1) darf daher nicht, wie üblich, abgekürzt werden („In Sachen Müller ./. Schulze"), sondern muß, wie bei einem Urteile, vollständig eingefügt werden („In Sachen des Kaufmanns Franz Müller in Berlin, vertreten durch den RA. Lehmann in Spandau gegen den Handelsmann Ernst Schulze in Nauen, Chausseestraße 10, wegen 250 Mk. usw.").

b. Üblich ist im Falle der Bewilligung von Ratenzahlungen die Verfallklausel („Parteien vergleichen sich dahin: Kläger ermäßigt seinen Anspruch auf 100 Mk. Beklagter verpflichtet sich, diesen Betrag in monatlichen Teilzahlungen von je 10 Mk. vom 1. Juni 1902 an zu zahlen und trägt die Kosten. Bleibt eine Teilzahlung mehr als 1 Woche nach dem Fälligkeitstermin aus, so ist der ganze Rest fällig").

c. Durch die Prozeßvollmacht kann dem Bevollmächtigten die Befugnis zum Abschluß eines Vergleichs entzogen sein (CPO. § 83); diese Beschränkung der Prozeßvollmacht wirkt (ausnahmsweise, I, 245) auch dem Gegner gegenüber.

d. Mangels anderer Vereinbarung gelten die Prozeßkosten als gegen einander aufgehoben (CPO. § 98). Die Gerichtsgebühr (vgl. I, 231[16]) für den Vergleich beträgt $^3/_{10}$, die Verhandlungsgebühr kommt in Fortfall (GKG. §§ 21, 23 Abs. 2).

e. Über die Vollstreckbarkeit des vor einem Schiedsmann abgeschlossenen Vergleichs vgl. I, 543[13].

[6]) Es giebt keine Restitutionsklage gegen Vergleiche, etwa in Nachbildung des § 580[7] CPO. (wegen Auffindung neuer Urkunden). Schon l. 19 C. 2, 4 bestimmte: Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur.

[7]) In einem Testament ist zB. A. zum Erben eingesetzt und dem B. „die in der Sterbewohnung befindliche bewegliche Habe"

Digitized by Google

Abgesehen von § 779 unterliegt der Vergleich natürlich den gleichen Unwirksamkeitsgründen (zB. Geschäftsunfähigkeit, Betrug, Zwang), wie jeder andere Vertrag.[8])

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780—782).

§ 162. Abstrakte Schuldverträge.

a. Begriff.

1. Das Wesen des Schuldverhältnisses besteht, wie sich aus § 241 (S. 5) ergiebt, darin, daß der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet ist. Jede solche Leistungspflicht nun, sei es, daß sie unmittelbar durch das Gesetz auferlegt (S. 10) oder daß sie durch Rechtsgeschäft übernommen ist (S. 9), beruht auf einer rechtlichen Veranlassung (einer causa, III, 396). Die Leistungspflicht entsteht nicht aus sich selbst und ist nicht um ihrer selbst willen vorhanden, sondern beruht auf einem Rechtsverhältnis und erstrebt einen rechtlichen Zweck. Der Satz: „A. schuldet dem B.

---

vermacht. Parteien streiten über die Bedeutung dieser Bezeichnung und vergleichen sich dahin, daß B. gegen Empfang von 5000 Mk. allen Ansprüchen auf den Nachlaß entsagt. Der Vergleich ist unwirksam, wenn das Testament sich als rechtsungültig herausstellt, wirksam, wenn später ein Kodizill aufgefunden wird, in dem der Erblasser erklärt, er wolle unter „beweglicher Habe" nur die Möbel verstanden wissen, die etwa 300 Mk. Wert hatten.

Es handelt sich in § 779 nicht um eine Anerkennung der Windscheidschen Lehre von der Voraussetzung (III, 400[9]). Vielmehr beruht § 779 auf der Unterstellung, daß die Parteien den Vergleich nur unter der Bedingung gewollt hätten, daß der zu Grunde gelegte Thatbestand der Wirklichkeit entspräche.

[8]) Eine Art Vergleich enthält auch der in der CPO. Buch 10 behandelte Schiedsvertrag (I, 461). Nicht gesetzlich geregelt und ohne praktische Bedeutung ist der Schiedseidvertrag (I, 319[3]), wobei die Parteien vereinbaren, die Entscheidung über einen Streit von einem von einer Partei außergerichtlich zu leistenden Eid abhängen zu lassen. Wegen der Heiligkeit des Eides ist die Zulässigkeit derartiger Vergleiche zweifelhaft. Jedenfalls kann ein außergerichtlich geleisteter Meineid keine strafrechtlichen Folgen nach sich ziehen.

Digitized by Google

1000 Mk." läßt die Art des zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisses nicht erkennen. Um die Verpflichtung des A. (zB. hinsichtlich des Orts und der Zeit der Leistung) erschöpfend zu bestimmen, bedarf es der Frage: *Weshalb* schuldet A.? und ihrer Beantwortung durch Aufdeckung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses (*weil* B. dem A. ein Darlehen gegeben, ein Pferd zu diesem Preise verkauft hat usw.).

Hiernach giebt es keine Leistungspflicht ohne unterliegende causa. Eine andere Frage aber ist, ob eine Leistungspflicht *begrifflich* mit dem sie hervorbringenden Bestimmungsgrund untrennbar verbunden ist, dergestalt, daß die rechtsgeschäftliche Übernahme der Leistungspflicht nur dann rechtsbeständig ist, wenn hierbei der Bestimmungsgrund, die causa, *hervorgehoben* wird. Diese Frage ist zu verneinen. Ein Schuldverhältnis entsteht zwar nicht durch die Erklärung A.s: ich schulde dem B. 1000 Mk., wenn diese Erklärung ohne einen Rechtsgrund erfolgt; denn dann wäre die Erklärung sinnlos. Wohl aber kann der Gesetzgeber bestimmen, daß eine derartige Erklärung, vorausgesetzt, daß sie auf einem Rechtsgrunde beruht, zunächst eine Leistungspflicht des A. erzeugen soll. Die rechtsgeschäftliche Übernahme einer Leistungspflicht ist hiernach in zwei Formen denkbar: unter Hervorhebung des die Leistungspflicht erzeugenden Rechtsverhältnisses und ohne eine solche Hervorhebung. In ersterem Falle spricht man von *kausalem*, in letzterem von *abstraktem* Schuldvertrage (vgl. hierüber III, 397 ff. und oben S. 179).

Diese Unterscheidung hat große praktische Bedeutung:

Beim kausalen Schuldvertrage verspricht der Schuldner die Leistung nicht schlechthin, sondern nur wegen des bezeichneten Bestimmungsgrunds. Hat A. dem B. folgendes Schriftstück ausgestellt: „Ich bekenne, von B. ein Pferd zum Preise von 1000 Mk. gekauft zu haben, und verpflichte mich, den Kaufpreis 3 Monate nach Übergabe des Pferdes zu zahlen", so kann B. nicht ohne weiteres auf Zahlung von 1000 Mk. klagen. Diese Klage wäre „unsubstanziiert" (I, 258[9]). Er muß vielmehr behaupten und beim Bestreiten

Digitized by Google

des B. beweisen, daß die Übergabe vor länger als 3 Monaten erfolgt ist. Hat dagegen A. dem B. eine Urkunde ausgestellt: „Ich verpflichte mich, am 1. April 1900 an B. 1000 Mk. zu zahlen", so kann B. (und zwar im Urkundenprozesse, CPO. § 592, vgl. I, 425) ohne weiteres auf Zahlung von 1000 Mk. klagen, vorausgesetzt, daß nach der maßgebenden Gesetzgebung abstrakte Schuldversprechen zulässig sind (s. u.). Nun muß allerdings, wie oben ausgeführt, auch diese abstrakt übernommene Leistungspflicht auf einer causa beruhen. Diese Thatsache tritt aber nicht bei *Geltendmachung des Anspruchs* in die Erscheinung. A. schuldet nicht, weil er ein Pferd gekauft, sondern weil er Zahlung zum 1. April versprochen hat. Die Thatsache, daß auch die abstrakt übernommene Zahlungspflicht auf einer causa beruht, kann nur dem B. die Handhabe zu einer *von ihm* vorzubringenden und zu beweisenden *Einwendung* geben.

2. Die praktische Bedeutung des abstrakten (oder „*reinen*") Schuldversprechens liegt also darin, daß der Gläubiger ein unbedingtes Forderungsrecht erhält, das der Beklagte erst durch Zurückgreifen auf die causa zu beseitigen versuchen muß. Offensichtlich hat ein solches Schuldversprechen für den Gläubiger wirtschaftlich einen viel größeren Wert, als ein kausales Versprechen, bei dem der Schuldner durch einfaches Bestreiten den Gläubiger zwingt, die dem Versprechen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse aufzudecken und zu beweisen. Schon die Römer haben daher in der Rechtsform der stipulatio (S. 181) abstrakte Schuldversprechen zugelassen. In der neueren Zeit sind solche im Wechsel, der kaufmännischen Anweisung und dem kaufmännischen Verpflichtungsscheine durch die Gesetzgebung geschaffen worden, während die Zulässigkeit sonstiger abstrakter Schuldversprechen, besonders des einfachen, keinen Schuldgrund enthaltenden Schuldscheins, wie S. 187[9] dargelegt, gemeinrechtlich und für das ALR. bestritten war und sich erst seit *Bährs* „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" wieder durchgerungen hat. Diese Entwickelung ist im BGB. zum gesetzlichen Abschlusse gekommen.

Digitized by Google

b. Rechtsgrundsätze des BGB.

1. Das BGB. erkennt in den §§ 780, 781 zwei Arten „reiner Schuldverträge" an:

α. das Schuldversprechen, d. h. einen Vertrag, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (§ 780); und

β. das Schuldanerkenntnis, d. h. einen Vertrag, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird.

In beiden Fällen beruht die abstrakte Verbindlichkeit auf einem Vertrag. Es handelt sich hierbei also nicht um eine einseitig bindende Erklärung des Schuldners (S. 174), sondern es ist Annahme seitens des Gläubigers erforderlich; nur bedarf letztere nicht der für die Verpflichtungserklärung (S. 844) vorgeschriebenen Form.

2. Wesentlich für die schuldbegründende Kraft des abstrakten Schuldversprechens ist, daß die Parteien damit eine Loslösung von dem (stets vorhandenen, S. 840) Schuldgrund, also eine Verselbständigung des Schuldversprechens gewollt haben. Liegt ein solcher Verpflichtungswille vor, so wird die abstrakte Natur des Schuldversprechens durch eine (lediglich die Bedeutung einer Erläuterung habende) Erwähnung des seine Abgabe veranlassenden Rechtsverhältnisses nicht berührt („Ich verpflichte mich, am 1. April 1902 an B. als Entgelt für mir geleistete Dienste 1000 Mk. zu zahlen"). Das Schuldversprechen des § 780 ist also nicht (wie der Wechsel, S. 187[9]) notwendig abstrakt.[1]) Nur wird bei einer nicht lediglich ein Schuldversprechen enthaltenden, sondern auf das Schuldverhältnis Bezug nehmenden Erklärung („cautio discreta", S. 182) die Annahme, daß dadurch die Verpflichtung selbständig begründet werden sollte, eine geringere Wahrscheinlichkeit

[1]) Ebenso war für die im Art. 301 ff. des alten HGB. geregelten kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine die Angabe des Verpflichtungsgrunds zwar nicht erforderlich, aber doch auch nicht unzulässig (Art. 301 Abs. 2).

Digitized by Google

für sich haben, als bei einem völlig „reinen" Schuldversprechen (einer „cautio indiscreta"). Lautet ein Schuldschein zB.: „Ich bekenne, von A. heute eine Darlehen von 1000 Mk. erhalten zu haben, verpflichte mich, es vom 1. April 1901 an mit 5 % jährlich zu verzinsen und am 1. April 1902 zurückzuzahlen", so wird die Absicht der Parteien regelmäßig auf Schaffung einer bloßen Beweisurkunde gerichtet sein.

3. Vom Schuldversprechen unterscheidet sich das Schuldanerkenntnis dadurch, daß bei jenem eine Schuld neu begründet, bei diesem eine schon bestehende gültige Verpflichtung nur in einer neuen Rechtsform anerkannt wird. Praktisch sind beide Arten abstrakter Schuldverträge nicht sicher auseinander zu halten. Sie sind daher vom BGB. völlig gleich behandelt, so daß ihre Unterscheidung lediglich theoretische Bedeutung hat.

4. Die praktische Bedeutung des abstrakten Schuldvertrags liegt, wie S. 841 ausgeführt, darin, daß er durch die Loslösung von der unterliegenden causa ein genügendes Klagefundament abgiebt und daß somit die Substanziierungs- und Beweispflicht (I, 258[9]) vom Gläubiger auf den Schuldner übertragen wird. Es ist Sache des Schuldners, durch Zurückgreifen auf das unterliegende Schuldverhältnis im Wege der Einwendung („ope exceptionis") seine durch den abstrakten Schuldvertrag an sich („ipso jure") begründete Verbindlichkeit als nicht begründet zu erweisen. Hierbei greifen die Grundsätze von der rechtlosen Bereicherung (unten § 170) insofern ein, als das abstrakte Versprechen einen selbständigen Vermögenswert darstellt (oben S. 179) und der Gläubiger schon durch dessen Abgabe eine „Leistung empfangen" hat (§ 812 Abs. 2). Vielfach, so insbesondere in dem Hauptanwendungsfalle, der Abgabe eines Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens nach einer erfolgten Abrechnung („Saldierung", oben S. 292) sowie im Fall eines Vergleichs, wird der abstrakte Schuldvertrag aber die weitere Bedeutung haben, daß nicht nur der Kläger der Substanziierungs- und Beweispflicht überhoben, sondern daß auch das Zurückgreifen seitens

Digitized by Google

des Beklagten auf das unterliegende Schuldverhältnis ausgeschlossen sein soll.[2])

Eine weitere praktische Bedeutung des abstrakten Schuldvertrags liegt darin, daß der daraus entstandene Anspruch mangels einer ersichtlichen anderen Parteiabsicht (vgl. BGB. § 225) der dreißigjährigen Verjährung selbst dann unterliegt, wenn die zu Grunde liegende Schuld an sich der kürzeren Verjährung unterläge.

5. Dem wirtschaftlichen Vorteile, den die leichtere Durchführbarkeit des abstrakten Schuldvertrags dem Gläubiger bringt (S. 843), steht die Gefahr gegenüber, der sie den Schuldner aussetzt. Gleich dem rR. (S. 181) und der WO. will das BGB. dieser Gefahr durch eine Formalisierung des abstrakten Schuldvertrags vorbeugen. Nach §§ 780, 781 bedürfen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis der Schriftform.

α. Ausnahmsweise genügt mündliche Erklärung:

a. auf Grund einer Abrechnung oder im Wege eines Vergleichs (§ 782);

b. falls das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist (HGB. § 350), es sei denn, daß der Schuldner nur ein Minderkaufmann (HGB. § 4) ist (HGB. § 351).[3])

---

[2]) Dieser vertragsmäßige Ausschluß des Zurückgehens auf das dem Schuldanerkenntnisse zu Grunde liegende Schuldverhältnis ist nach ausdrücklicher Vorschrift unzulässig bei einem Schuldanerkenntnis auf Grund einer Ehevermittelung (§ 656, S. 658) sowie auf Grund von Spiel und Wette (§§ 762, 763). Dieses Zurückgehen kann aber überhaupt nicht ausgeschlossen werden, soweit durch das Schuldanerkenntnis ein verbotener (zB. wucherlicher oder unsittlicher) Anspruch klagbar gemacht werden soll.

Nicht zu verwechseln mit der Frage der Anfechtbarkeit eines abstrakten Schuldvertrags aus Gründen, die dem unterliegenden Schuldverhältnis entnommen sind, ist die Frage der Gültigkeit des Schuldvertrags als solchen. Dieser kann, wie jeder Vertrag, zB. wegen Geschäftsunfähigkeit, Zwangs, Betrugs, Irrtums, angegriffen werden.

[3]) Prozessual würde sich die Sachlage etwa wie folgt gestalten: A. klagt gegen B. auf Zahlung von 100 Mk. mit der Begründung, B. habe ihm einen der Klage beigelegten Schein folgenden Inhalts

Digitized by Google

β. Umgekehrt ist die bloße Schriftform nicht genügend, soweit eine strengere Form vorgeschrieben ist; denn sonst könnte diese durch Einkleidung in einen abstrakten Vertrag umgangen werden. Es bedarf daher zB. der Schuldvertrag auf Übertragung eines ganzen Vermögens (§ 311) oder eines Grundstücks (§ 313) sowie die schenkweise Erteilung eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses (§ 518) der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Auf ein schenkweise erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt (Schenkung von Todeswegen, S. 460), finden die Vorschriften über die Verfügungen von Todeswegen Anwendung (§ 2301).

6. Über den negativen Anerkennungsvertrag (§ 397 Abs. 2) vgl. S. 296. Für ihn ist die Schriftform ebensowenig wie für den abstrakten Erlaß (das Gegenstück des Schuldversprechens) vorgeschrieben (S. 298).

---

ausgestellt: „Am 1. April 1901 zahle ich an A. 100 Mk.". Dann kann nach BGB. gegen B., wenn er im Verhandlungstermine nicht erscheint, Versäumnisurteil ergehen; denn der Schein enthält ein formgültiges abstraktes Schuldversprechen, das an sich genügendes Klagefundament ist. Erscheint B., so kann er sich nicht darauf beschränken, zu erklären: „Ich bestreite, dem A. etwas schuldig zu sein", sondern er muß zB. behaupten und beweisen, daß der Schein von ihm in Erwartung eines ihm von A. versprochenen Darlehens ausgestellt sei, die Darlehnshingabe aber nicht erfolgt sei.

Würde A. mit der Begründung klagen: „B. hat mir mündlich vor den Zeugen C. und D. versprochen, mir am 1. April 1901 100 Mk. zu zahlen", so könnte darauf hin Versäumnisurteil nur ergehen, wenn A. zugefügt hätte, „nach geschehener Abrechnung" oder „im Wege des Vergleichs" oder „B. ist Kaufmann".

Übrigens wird durch Eingehen eines abstrakten Anerkennungsvertrags der unterliegende Schuldvertrag im Zweifel nicht noviert (§ 364 Abs. 2, oben S. 246[3]). Der Gläubiger kann also, sollte er mit dem abstrakten Vertrage (zB. wegen eines diesem selbst entgegenstehenden Ungültigkeitsgrunds, S. 844[2]) nicht durchdringen, auf den kausalen Vertrag zurückgreifen. Thut er dies freilich im Laufe des Prozesses, so würde der Beklagte den Einwand der Klageänderung erheben können, den jedoch das Gericht nach dem durch die Novelle zur CPO. neu geschaffenen § 264 zurückweisen kann, wenn nach seinem Ermessen durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird (I, 378).

Digitized by Google

Einundzwanzigster Titel. Anweisung (BGB. §§ 783—792).

§ 163. Die Anweisung des BGB.

a. Begriff.

1. Anweisung (Assignation) ist eine Erklärung, durch die jemand (Anweisender, Assignant) einen Anderen (Angewiesener, Assignat) ermächtigt, an einen Dritten (Anweisungsempfänger, Assignatar) für Rechnung des Anweisenden zu leisten, und durch die er gleichzeitig den Dritten ermächtigt, diese Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben.

Die Anweisung ist also eine Leistungs- und Einziehungsermächtigung. Sie hat sich erst im modernen Rechtsverkehre zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt. Noch für das Gemeine Recht wurde sie von den meisten als Abart des Mandats behandelt.[1]) Das BGB. unterstellt in den §§ 783 ff. die Anweisung besonderen Grundsätzen, die sich aber nur auf Anweisungen beziehen, welche:

α. beurkundet sind; auch die Urkunde wird als Anweisung bezeichnet;

---

[1]) Danach sollte die Anweisung ein sich aus einem Zahlungsmandate (mandatum solvendi) und einem Inkassomandate (mandatum accipiendi) zusammensetzendes Doppelmandat sein (Thöl). Diese Auffassung war unrichtig. Ebenso wie die Vollmacht (III, 563) kann die Anweisung auf einem Auftrage beruhen. Dies ist aber nicht erforderlich (s. o.) und tritt jedenfalls nicht in die Erscheinung. Noch das ALR. (I, 16 Abschnitt 5: „Von Anweisungen") beruhte auf der Mandatstheorie; vgl. I, 16 § 251: „Wenn jemand einem Anderen den Auftrag macht, etwas, welches der Auftragende von einem Dritten zu fordern hat, bei demselben für seine eigene Rechnung zu erheben, so wird dieses eine Anweisung oder Assignation genannt".

Wie diese Begriffsbestimmung zeigt, ging das ALR. von dem Normalfall aus, daß der Anweisende Gläubiger des Angewiesenen wäre (Anweisung auf Schuld, S. 851). Die Praxis hat aber auch die Anweisung auf Kredit stets zugelassen. Übrigens verstand das ALR. (I, 16 § 257) unter dem „Angewiesenen" den Assignatar, nicht, wie das BGB., den Assignaten.

Die übliche Form der Anweisung ist: „Herr B. beliebe für meine Rechnung zu zahlen an Herrn C. Mk. 1000. Nauen, 9. Mai 1901 A.".

Digitized by Google

β. auf Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen gerichtet sind.

2. Nach dieser Begriffsbestimmung unterscheidet sich die Anweisung:

α. vom Leistungsauftrage (Zahlungsmandat) dadurch, daß der Beauftragte nach Annahme des Auftrags dem Auftraggeber gegenüber zur Bewirkung der Leistung verpflichtet ist, während bei der Anweisung der Angewiesene zur Leistung für Rechnung des Anweisenden nur ermächtigt wird und auch durch Annahme der Anweisung eine Leistungspflicht nur dem Anweisungsempfänger, nicht dem Anweisenden gegenüber übernimmt;

β. vom Einziehungsauftrag (Inkassomandat) dadurch, daß bei diesem der Beauftragte zur Einziehung einer Leistung für Rechnung des Auftraggebers verpflichtet ist, während der Anweisungsempfänger hierzu nur ermächtigt ist;

γ. von der Einziehungsvollmacht dadurch, daß der Bevollmächtigte im Namen und Interesse des Vollmachtgebers, der Anweisungsempfänger in eigenem Namen und regelmäßig im eigenen Interesse handelt (vgl. III, 564[8]);

δ. von der Abtretung dadurch, daß bei dieser eine Schuld des debitor cessus gegen den Cedenten bestehen muß, während die Anweisung auch zulässig ist, wenn eine Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen nicht besteht (Anweisung auf Kredit, S. 851).

b. Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten.

1. Anweisender und Anweisungsempfänger.

α. Die Anweisung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft gleich der Vollmachtserteilung und der Abtretung. Sie dient zur unmittelbaren Überführung eines Vermögenswerts aus dem Vermögen des Anweisenden in das des Anweisungsempfängers, ohne den Rechtsgrund hierzu erkennen zu lassen. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger läßt sich daher nicht nach der Anweisung allein, sondern nur nach der dieser zu Grunde liegenden „causa“ beurteilen. Die Anweisung kann (muß

Digitized by Google

aber nicht, S. 847) ein reines Inkassomandat sein. Sie kann von dem Anweisenden aber auch zu dem Zweck erteilt sein, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken, sei es (III, 399) donandi causa (A. will B. 1000 Mk. schenken) oder obligandi causa (A. gewährt B. ein Darlehen von 1000 Mk.) oder solvendi causa (A. ist B. als Kaufpreis 1000 Mk. schuldig); jeder dieser Rechtszwecke kann im Wege der Anweisung erreicht werden (indem A. dem B. eine Anweisung auf C. über 1000 Mk. aushändigt).

β. Die Anweisung ist, wie eben dargelegt, ein Mittel zur Herbeiführung eines Vermögensübergangs; durch die Aushändigung der Anweisung allein wird aber die Vermögensverschiebung noch nicht bewirkt. Entsprechend dem gemeinrechtlichen Grundsatz: „Anweisung ist keine Zahlung“[2]) bestimmt vielmehr § 788: „Erteilt der Anweisende die Anweisung zu dem Zwecke, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken, so wird die Leistung, auch wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt, erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt“. Ist also die Anweisung donandi causa erfolgt, so gilt nicht schon deren Aushändigung oder Annahme, sondern erst ihre Auszahlung als eine den Formmangel des Schenkungsversprechens heilende „Bewirkung der Leistung“ im Sinne des § 518 Abs. 2 (S. 450).

γ. Ob und in welchem Augenblicke der Anweisungsempfänger bei nicht erfolgter „Honorierung“ der Anweisung Regreß gegen den Anweisenden nehmen kann, bestimmt sich nach dem der Anweisung zu Grunde liegenden Rechts-

[2]) Das rR. hatte dagegen für den Fall der Delegation (S. 247) den umgekehrten Grundsatz: qui delegat, solvit. Wenn A. seinem Gläubiger B. in C. einen anderen Schuldner überwies und B. und C. hiermit einverstanden waren, so war die Schuld des A. gegen B. noviert und damit getilgt. Nach modernem Rechte gilt aber die Aushändigung einer Anweisung (ebenso wie die eines Wechsels, vgl. hierüber S. 250 und 254[6]) nicht als an Erfüllungsstatt, sondern als erfüllungshalber erfolgt.

Digitized by Google

verhältnis. Eine Regreßnahme ist zB. ausgeschlossen, wenn die Anweisung, ohne daß ein formgültiges Schenkungsversprechen vorliegt, donandi causa erteilt ist. Ebenso entscheidet sich nach der unterliegenden causa die Frage, ob und binnen welcher Zeit der Anweisungsempfänger überhaupt den Versuch machen muß, die angewiesene Leistung zu erheben.[s]) Das BGB. bestimmt hierüber daher nichts, legt aber in § 789 dem Anweisungsempfänger allgemein die Pflicht zu unverzüglicher Anzeige auf, falls der Angewiesene vor dem Eintritte der Leistungszeit die Annahme der Anweisung oder bei Fälligkeit die Leistung selbst verweigert, sowie ferner, wenn der Anweisungsempfänger die Anweisung nicht geltend machen kann oder will.

2. Anweisungsempfänger und Angewiesener.

a. Zwischen diesen Personen wird durch die Aushändigung der Anweisung an den Anweisungsempfänger eine Rechtsbeziehung überhaupt noch nicht geschaffen. Der Anweisungsempfänger hat keinen Anspruch gegen den Angewiesenen darauf, daß dieser die Anweisung annehme („acceptiere") oder erfülle („honoriere"). Eine andere Frage ist, ob der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber zur Annahme und Erfüllung der Anweisung verpflichtet ist; hierüber s. u. S. 851.

Ein Schuldverhältnis zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen wird erst begründet

[s]) Denn der Anweisungsempfänger hat nur die Ermächtigung, nicht, wie ein Beauftragter, die Pflicht zur Einziehung. In dem praktisch häufigsten Falle, daß A. seinem Gläubiger B. eine Anweisung auf A.s Schuldner C. giebt (also im Fall einer Anweisung auf Schuld, S. 851, und zwar „solvendi causa[a]"), ist, ebenso wie bei der ähnlichen Wechselhingabe (S. 254[a]), als Wille der Parteien zu unterstellen, daß B. verpflichtet sein soll, die Einziehung der Anweisung bei C. zu versuchen, ehe er (auf Grund der ungetilgten Forderung, S. 848) gegen A. Regreß nimmt, und daß er ferner die Einziehung bei C. unverzüglich bewirken soll. Nimmt B. mangels erhaltener Zahlung Regreß gegen A., so kann dieser zB. einwenden, daß B. die Einziehung der Forderung bei C. schuldhaft verzögert habe und daß er bei rechtzeitiger Präsentation Zahlung von C. hätte erlangen können.

Digitized by Google

durch die Annahme der Anweisung, die nach BGB. § 784 Abs. 2 durch einen schriftlichen Vermerk erfolgt. Die Annahme, die natürlich nur bei befristeten, nicht bei „auf Sicht" zahlbaren Anweisungen erforderlich ist, ist eine abstrakte Verpflichtungserklärung des Angewiesenen, die ihn zur Leistung und zwar allein nach Maßgabe des Inhalts der Anweisung verpflichtet. Die angenommene Anweisung ist also gleich dem acceptierten Wechsel eine Skripturobligation (S. 859), der nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können (§ 784 Abs. 1), welche die Gültigkeit der Annahme betreffen (zB. Einwand des Zwangs, Betrugs, Irrtums) oder sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Annahme ergeben (zB. Anweisung zur Zahlung Zug um Zug gegen Empfang einer Gegenleistung, Annahme nur auf einen Teil der angewiesenen Summe) oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen (zB. eine Gegenforderung). Dagegen kann der Angewiesene der von ihm angenommenen Anweisung Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnisse zum Anweisenden nicht entgegenstellen, wenn diese Einwendungen sich nicht aus der Anweisung oder dem Accept ergeben.[4])

β. Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der (quittierten, § 368) Anweisung zur Leistung verpflichtet (§ 785).

γ. Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen

[4]) Hat also C. eine von A. dem B. eingehändigte Anweisung angenommen, so kann er dem B. gegenüber mit einer Gegenforderung gegen A. nicht aufrechnen. Hat er aber zB. sein Accept dahin beschränkt: „Angenommen per 1. 4. 1900 in Höhe des Guthabens des A. an diesem Tage", so kann er dem B. einwenden, daß A. kein Guthaben habe. Ist die Anweisung gefälscht, so wird dadurch die Annahme (als irrtümlich erfolgt) hinfällig. Die im Interesse der Sicherheit des Wechselverkehrs, insbesondere einer erleichterten Umlaufsfähigkeit des Wechsels gegebene Vorschrift des Art. 75 WO. („Auch wenn die Unterschrift des Ausstellers eines Wechsels falsch oder verfälscht ist, behalten dennoch das echte Accept und die echten Indossamente die wechselmäßige Wirkung") kann für die Anweisung keine analoge Anwendung finden. Dies gilt auch für kaufmännische Anweisungen. Art. 75 gehört nicht zu den in HGB. § 365 für entsprechend anwendbar erklärten Artikeln der WO. (S. 853).

Digitized by Google

den Angewiesenen aus der Annahme verjährt in drei Jahren (§ 786; vgl. WO. Art. 77).

3. Angewiesener und Anweisender.

Die Rechtsbeziehungen des Angewiesenen zum Anweisenden richten sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis, insbesondere die Frage, ob der Angewiesene das Geleistete von dem Anweisenden zurückverlangen kann (sog. Revalierungsanspruch).

α. Der Anweisende kann Gläubiger des Angewiesenen sein, und die Anweisung wird mit Beziehung hierauf erteilt; dann liegt eine „Anweisung auf Schuld" vor. In diesem Falle wird der Angewiesene durch die Leistung in deren Höhe von seiner Schuld gegen den Anweisenden befreit, hat dann aber natürlich keinen Revalierungsanspruch gegen ihn (§ 787 Abs. 1). Zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger ist der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist (§ 787 Abs. 2). Der Schuldner ist also nicht ohne weiteres verpflichtet, Anweisungen seines Gläubigers zu honorieren.

β. Ist der Anweisende nicht Gläubiger des Angewiesenen („Anweisung auf Kredit"), so erlangt dieser durch die Honorierung der Anweisung einen Regreßanspruch gegen den Anweisenden, es sei denn, daß der Angewiesene donandi causa geleistet hätte.

γ. Solange der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber noch nicht angenommen oder geleistet hat, steht er zu diesem in keinem Schuldverhältnisse. Der Anweisende kann daher solange die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber noch widerrufen und zwar auch dann, wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt (§ 790).

c. Übertragung der Anweisung.

Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem Dritten auf diesen übertragen, auch wenn sie noch nicht angenommen worden ist. Die Über-

Digitized by Google

tragungserklärung bedarf der schriftlichen Form. Zur Übertragung ist die Aushändigung der Anweisung an den Dritten erforderlich.

Der Anweisende kann die Übertragung ausschließen. Die Ausschließung ist dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen ist oder wenn sie von dem Anweisenden dem Angewiesenen mitgeteilt wird, bevor dieser die Anweisung annimmt oder die Leistung bewirkt.

Nimmt der Angewiesene die Anweisung dem Erwerber gegenüber an, so kann er aus einem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis Einwendungen nicht herleiten. Im übrigen finden auf die Übertragung der Anweisung die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 792).

d. Endigung der Anweisung.

Die Anhänger der Mandatstheorie (S. 846[1]) ließen die Anweisung mit dem Tod eines der drei Beteiligten erlöschen. Im Anschluß an altes HGB. Art. 297 bestimmt § 791: „Die Anweisung erlischt nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Beteiligten".

§ 164. Die Anweisungen des Handelsverkehrs.

a. Gezogener Wechsel.

Die wichtigste Art der Anweisung ist der gezogene Wechsel oder die Tratte. Sie untersteht einem besonderen, in der WO. kodifizierten Rechte.

b. Kaufmännische Anweisung.

Anweisungen, die auf einen Kaufmann[1]) über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von

[1]) Im alten HGB. Art. 301 war umgekehrt das Kennzeichen einer kaufmännischen Anweisung, daß sie von einem Kaufmann ausgestellt war.

Digitized by Google

einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten (HGB. § 363). Diese indossabelen Anweisungen sind dem gezogenen Wechsel angenähert. Das Indossament hat auch bei ihnen die „Transportfunktion" (S. 891[7]): durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossierten Papier auf den Indossatar über. Dem legitimierten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen. Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde zur Leistung verpflichtet (HGB. § 364). In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Besitzers und der Prüfung der Legitimation sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Artikel 11—13, 36, 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung (HGB. § 365). Dagegen sind die die „Garantiefunktion" des Wechsels betreffenden Vorschriften der WO. nicht für anwendbar erklärt. Der Inhaber kann sich also, wenn überhaupt, immer nur an seinen Indossanten halten (Staffel-, nicht Sprungregreß).

c. Scheck.

Scheck ist eine auf eine bestimmte Geldsumme gehende, auf Sicht zahlbare Anweisung eines Bankkunden auf sein Guthaben bei seinem Bankier. Der Scheck muß einen bestimmten Empfänger bezeichnen (Remittenten), enthält aber regelmäßig die „Überbringerklausel", wonach der Scheck statt an den Remittenten auch an jeden Vorzeiger zahlbar sein soll (Legitimationspapier, S. 899).[2])

Der Scheckverkehr dient gleich den S. 293 besprochenen Rechtsinstituten und in Verbindung mit ihnen der Ver-

[2]) Die Grundsätze des Scheckverkehrs beruhen in Deutschland ausschließlich auf Handelsgebrauch. Nur in Elsaß-Lothringen gilt noch ein französisches Gesetz von 1865 (zulässig gemäß EGHGB. Art. 17). Ein Reichsscheckgesetz wird seit langer Zeit angestrebt.

Digitized by Google

meidung der Barzahlung.[3]) Über den geplanten Postscheckverkehr vgl. S. 653.

---

[3]) ZB. A. hat bei der Deutschen Bank ein Kapital von 20000 Mk. auf „tägliches Geld", d. h. er hat der Deutschen Bank diesen Betrag mit der Abrede übergeben (Darlehen oder depositum irregulare?, vgl. S. 685), daß er ihn jederzeit ohne Kündigung abheben kann, wogegen ihm die Deutsche Bank eine geringfügige, nach dem Geldstande wechselnde Verzinsung (1—3 %) gewährt. Will er nun über dieses Guthaben durch Schecks verfügen, so läßt er sich ein „Scheckbuch" mit Formularen aushändigen und benutzt die ausgefüllten Schecks als Zahlungsmittel. Natürlich braucht keiner von A.s Gläubigern statt baren Geldes einen Scheck zu nehmen. Wer aber das Vertrauen zu A. hat, daß er nicht Schecks über einen Betrag ausstellen wird, der sein Guthaben übersteigt, wird dies ohne weiteres thun. Das Scheckwesen ist bei uns erst in der Entwickelung begriffen, während in England und Amerika die meisten größeren Zahlungen durch Schecks bewirkt werden. Die Gefahr der Fälschung trägt die Bank, da sie dem Scheckkunden nur die von ihm wirklich herrührenden Zahlungsanweisungen anrechnen kann. Ermöglicht der Scheckkunde aber die Fälschung, zB. durch leichtsinniges Umherliegenlassen des Scheckbuchs, so treffen ihn die Folgen eines solchen Verschuldens.

Der übliche weiße Scheck hat folgende Form:

No. 2246.	**Deutsche Bank.**	*No. 2246* **M. 4225**	
Ausgehändigt		*Die Deutsche Bank wolle zahlen gegen diesen Scheck aus meinem Guthaben an Herrn F. Lehmann oder Überbringer Mark*	
an		**viertausendzweihundertfünfundzwanzig**	
F. Lehmann		*Berlin, den 30. Juli 1902.*	
M. 4225.		*Georg Fuchs.*	
Datum.		*Schecks, in welchen der Zusatz „oder Überbringer" durchstrichen oder eine Zahlungsfrist angegeben ist, werden nicht bezahlt.*	*4 000* *3 000* *2 000* *1 000* *500*
30. Juli 1902.			

Der linke Abschnitt bleibt als Belag im Scheckbuche. Die rechts befindliche Zahlenreihe, die bis 500000 aufsteigt, wird bis zu der letzten den Scheckbetrag übersteigenden Zahl abgeschnitten, um Fälschungen des Scheckbetrags zu verhindern.

Über die roten Schecks vgl. S. 294[88]. Eine Abart des weißen Schecks ist der ebenfalls nur zur Verrechnung, nicht zur baren Auszahlung dienende „gekreuzte Scheck".

Digitized by Google

d. Kreditbrief (Akkreditiv).

Der Kreditbrief ist eine Anweisung, in der ein Höchstbetrag angegeben ist, bis zu dem der Angewiesene dem Anweisungsempfänger auf dessen Verlangen zahlen soll. Über den Unterschied zwischen Kreditbrief (Anweisung zu zahlen auf Rechnung des Anweisenden) und Kreditauftrag (Anweisung zu leisten oder zu kreditieren auf Gefahr des Anweisenden) vgl. oben S. 825[6].

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber (BGB. §§ 793—808).

§ 165. Die Wertpapiere.

a. Begriff.

Wertpapier[1]) ist eine Urkunde, in der ein Recht verbrieft ist, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist (vgl. III, 369[8]). Der Begriff des Wertpapiers wird demnach durch die Aufgabe bestimmt, welche die Urkunde für die Verwertung, d. h. die Übertragung und Ausübung

[1]) In die Gesetzessprache ist der Ausdruck Wertpapier zuerst durch das alte HGB. eingeführt worden. Seitdem wurde und wird er vielfach verwendet (häufig in der Zusammenstellung mit „Geldern und Kostbarkeiten"). Vgl. z.B. BGB. §§ 232, 234, 372, 437 Abs. 2, 700 Abs. 2, 702, 764, 783, 1296, 1667 Abs. 2, 1807, 1812, 1813, 1818, 1960 Abs. 2; HGB. §§ 1, 93, 261, 363, 369, 381, 383, 400, 429 Abs. 2, 462, 607, 708, 723; CPO. §§ 108, 592, 688, 794, 821, 822, 823, 884; ZwVG. § 69; KO. §§ 129, 132, 137; Reichsgef. v. 1. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere; Reichsbörsengef. v. 22. Juni 1896; Reichsstempelgef. v. 27. April 1894; RGO. § 56a; Pr. Hinterlegungsordnung v. 14. März 1879 (in der durch AGBGB. Art. 84 abgeänderten Fassung); Pr. Ergänzungssteuergef. v. 14. Juli 1893 § 12. In diesen verschiedenen Fällen ist es nicht immer zweifelsfrei, welche Urkunden unter „Wertpapieren" jeweils zu verstehen sind. Die einzelnen Fälle sind gelegentlich der Besprechung der Rechtsgebiete, denen die einzelnen Normen angehören, zu erörtern. Hervorgehoben sei nur, daß die vollkommenen Inhaber- und Orderpapiere stets als Wertpapiere zu gelten haben und daß es andererseits zweifelhaft ist, ob die Legitimationspapiere zu den „Wertpapieren" zu rechnen sind; unten S. 899.

Digitized by Google

des in ihr verbrieften Rechts, hat. Die Urkunden lassen sich nämlich im Hinblick auf die rechtliche Bedeutung, welche sie für das in ihnen verbriefte Recht haben, einteilen in:

1. Bloße oder schlichte Beweisurkunden (die notitiae des deutschen Rechts, II, 367). Bei ihnen ist die Beurkundung bloßes Beweismittel für das Dasein des Rechts. Dahin gehört zB. ein Darlehnsschuldschein. Er ist weder für die Begründung noch für die Übertragung oder die Ausübung des Forderungsrechts aus dem Darlehen von materieller Bedeutung, sondern kommt lediglich prozessual als Beweismittel in Betracht.

2. Konstitutiv- oder Dispositivurkunden (die cartae des deutschen Rechts). Bei ihnen ist die Beurkundung wesentliche Form für die Begründung des Rechts, dahin gehören zB. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780, 781, S. 842), der Grundstückskaufvertrag (§ 313, S. 386), die Anweisung (§ 783, S. 846).

3. Wertpapiere. Bei ihnen hängt die Ausübung und Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts von der Innehabung der Urkunde ab.[2])

---

[2]) Da die Ausübung eines in einem Wertpapiere verbrieften Rechts von dem Besitze des Papiers abhängig ist, so braucht, wenn es sich um ein Forderungsrecht handelt, der Schuldner nur gegen Rückgabe des Papiers zu leisten. Er ist m. a. W. nur zur „Einlösung" gegen „Präsentation" des Papiers verpflichtet. Dies gilt namentlich auch zu Gunsten des verurteilten Schuldners, selbst wenn diese Einschränkung seiner Verpflichtung in den Urteilstenor nicht aufgenommen worden ist. Man spricht daher auch von „Einholungs"- oder „Präsentations"-Papieren. Die Schuld aus ihnen ist notwendig Mahn- und Holschuld (S. 89), und der Schuldner gerät erst durch Vorweisung des fälligen Papiers in Leistungsverzug (S. 140). Auch die etwa aus dem Papiere geltend gemachten Regreßansprüche sind von der erfolglosen Präsentation abhängig. Soweit die Ansprüche von der erfolglosen Präsentation abhängen, gehört deren Behauptung zur Begründung einer Klage, mit der jene Ansprüche verfolgt werden, und bedarf daher im Urkundenprozesse des Beweises durch Urkunden (CPO. § 593, I, 425). Eine materielle und eine prozessuale Besonderheit weist jedoch das Wechselrecht auf. Zur Erhaltung des Wechselregreßanspruchs bedarf es regelmäßig der Feststellung der erfolglosen Präsentation durch eine förmliche Protesturkunde; soweit es aber zur Erhaltung

Digitized by Google

Wertpapiere und Konstitutivurkunden müssen geschieden werden. So ist das abstrakte Schuldversprechen (S. 842) oder der (notarielle) Grundstückskaufvertrag (S. 386) eine Konstitutivurkunde, aber kein Wertpapier; denn die Geltendmachung der Rechte aus ihnen erfordert nicht den Besitz der Urkunde. Andererseits ist die Inhaberaktie zwar ein Wertpapier; denn der Aktionär kann seine Mitgliedschaftsrechte nur bei Innehabung der Aktie übertragen und ausüben. Aber sie ist keine Konstitutivurkunde; denn die Mitgliedschaft ist nicht durch die Aushändigung der Aktienurkunde begründet worden. Ein Wechselaccept dagegen kommt nur durch schriftliche Annahme auf dem Wechselbriefe zustande; dieser ist somit Konstitutivurkunde. Der Wechselbrief ist aber zugleich ein Wertpapier; denn die Übertragung und Ausübung der Rechte gegen den Wechselschuldner erfordert den Besitz des Wechsels.[3])

b. Wesen des Wertpapiers.

Dem Wertpapier ist, wie bemerkt, eine Verknüpfung des materiellen Rechts mit der Urkunde wesentlich. Diese verleiht dem Wertpapier einen selbständigen Vermögenswert, d. i. einen Wert, der dem Stücke Papier als solchem nicht innewohnt. Über das Wesen dieser Verbindung des Rechts mit einer körperlichen Unterlage ist folgendes zu bemerken:

1. Diese Verbindung ist bei den verschiedenen Arten

---

des Wechselanspruchs der rechtzeitigen Protesterhebung nicht bedarf (nämlich gegenüber dem Acceptanten, falls es sich nicht um einen Domizilwechsel mit benanntem Domiziliaten handelt, S. 85[5]), ist als Beweismittel für die Präsentation Eideszuschiebung zulässig (CPO. § 605, I, 429).

Eine besondere Bedeutung hat die Präsentation bei den Sicht- und den nach Sicht-Papieren (WO. Art. 4[4], 19), weil sich hier durch die Vorzeigung die Fälligkeit bestimmt (WO. Art. 31, 32, 93).

[3]) Bei der im Texte gegebenen Einteilung darf nicht übersehen werden, daß sie auf die unmittelbare und wesentliche Bedeutung der einzelnen Urkunden abzielt. Denn es ist selbstverständlich, daß nicht bloß die Beweisurkunde, sondern auch die Konstitutivurkunde und das Wertpapier auch für den Beweis des beurkundeten Rechtsverhältnisses erhebliche Bedeutung hat.

Digitized by Google

der Wertpapiere nicht in der gleichen Weise durchgeführt; man kann, jenachdem die Verwertung des Rechts in allen oder nur in gewissen Beziehungen an die Innehabung des Papiers geknüpft ist, vollkommene und unvollkommene (nach Brunner absolute und relative) Wertpapiere unterscheiden. Die weitere Darstellung wird diesen Unterschied klarlegen.[4]) Als Beispiel eines vollkommenen Wertpapiers sei hier die Inhaberaktie, eines unvollkommenen die Namensaktie angeführt.

Bei den vollkommenen Wertpapieren wird die Verknüpfung meist dahin wiedergegeben, daß das Recht „in der Urkunde verkörpert", die Urkunde „Träger des Rechts" sei.

2. Ist ein Recht in einem Wertpapiere verkörpert, so zeigt es für die rechtliche Behandlung einen doppelten Charakter, denn es lassen sich das Recht „aus dem Papier" und das Recht „am Papier" unterscheiden. Jenes ist eben das Recht, das in dem Papiere verbrieft ist, dieses ist das Recht, das an dem Papier als solchem besteht. Das Recht aus dem Papiere kann nun einen ganz verschiedenen Inhalt haben (S. 861), zB. ein Forderungsrecht oder ein dingliches Recht sein; das Recht am Papiere kann nur ein dingliches (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht) sein. Jene im Wertpapiere sich findende Verknüpfung hat nun für das Recht aus dem Papiere, welchen Inhalt es auch haben möge, die materielle Bedeutung, daß sein Rechtsschicksal durch das Rechtsschicksal des Rechts am Papiere beeinflußt wird. Für die Verwertung des Wertpapiers im Rechtsverkehre greift eine mehr oder minder der Behandlung der körperlichen Sachen angepaßte sachenrechtliche Behandlung Platz; m. a. W. das Recht aus dem Papiere folgt in (mehr oder minder durchgeführter) Abhängigkeit dem Recht am Papiere.[5])

---

[4]) Als vollkommene Wertpapiere lassen sich bezeichnen die vollkommenen Order- (§ 167) und Inhaberpapiere (§ 166) sowie ein Teil der Rektapapiere, zB. die Anweisung (BGB. § 783, S. 846) und der Rektawechsel; die übrigen Rekta- und sonstigen Wertpapiere (S. 861) sind unvollkommene Wertpapiere.

[5]) Am deutlichsten zeigt sich bei der Übertragung des Rechts der Unterschied zwischen den vollkommenen Wertpapieren und

Digitized by Google

Eine besondere Eigentümlichkeit gewisser Wertpapiere, nämlich der Inhaber- und Orderpapiere (S. 861), ist es ferner, daß der (für den Erwerb des Rechts *aus* dem Papier entscheidende) Erwerb des Rechts *am* Papier im Interesse des Verkehrs wesentlich erleichtert ist, indem der gutgläubige Erwerber gegen Rechtsmängel in der Person des Vormanns möglichst gesichert wird. Schließlich aber übt bei diesen Papieren diese Selbständigstellung des Erwerbs des Rechts am Papier einen Einfluß auf den Inhalt des im Papiere verkörperten Rechts selbst aus. Auch dieser Inhalt bekommt nämlich eine dem Wortlaute des Papiers entsprechende Selbständigkeit; jeder Erwerber der Urkunde erhält das Recht so, wie es in der Urkunde verbrieft ist („*papiermäßig*"), also frei von Einwendungen aus den Personen der Vorbesitzer. In diesen sog. *skripturrechtlichen Wertpapieren* oder *Skripturobligationen* (Brunner) erscheint die Idee des Wertpapiers als *selbständiger Verkörperung* des in ihm verbrieften Rechts am reinsten durchgeführt.[6]) Doch ist daran festzuhalten, daß nicht bloß sie allein als Wertpapiere anzusehen sind.[7])

---

den bloßen Beweisurkunden, insbesondere dem Schuldscheine. Während der letztere an denjenigen Erwerber der Forderung fällt, der die Forderung in sonstiger Weise, insbesondere durch formlose Abtretung bereits erworben hat (BGB. § 952 Abs. 1, V, 348), steht die in einem Wertpapiere verkörperte Forderung umgekehrt demjenigen zu, der das Eigentum am Papier erworben hat. Eine andere Stellung nehmen teilweise die unvollkommenen Wertpapiere ein (S. 894).

[6]) Bei ihnen zeigt insbesondere die Übertragung des Rechts nicht bloß die bereits in Anm. 5 betonte Eigentümlichkeit der sachenrechtlichen Gestaltung, sondern ist auch die Wirkung in der im Texte geschilderten Weise eigentümlich geregelt. Der Übertragungsakt läßt sich daher weder nach Form, noch nach Wirkung mit der Cession vergleichen (S. 307[8]), sondern bildet eine selbständige Art der Rechtsübertragung, die nur bei Skripturrechten vorkommt, und zwar entweder als Indossierung bei den Orderpapieren (unten S. 885) oder als Übergabe bei den Inhaberpapieren (unten S. 872).

Brunner bezeichnet diese Papiere als Wertpapiere „*öffentlichen Glaubens*"; vgl. unten S. 874[17].

[7]) Ein Wertpapier ist als Stück Papier selbstverständlich eine bewegliche körperliche „Sache". Auf der anderen Seite ist bei ihm doch wieder nicht das körperliche Substrat, sondern das verkörperte

Digitized by Google

3. Es besteht die Möglichkeit, das Recht von der verlorenen Urkunde zu lösen durch deren Kraftloserklärung. Eine solche ist jedoch nicht für alle Wertpapiere zulässig. Näheres unten S. 879, 893.

Recht des Wesentliche, das, wie oben bemerkt, dem Papiere den rechtlichen und wirtschaftlichen selbständigen Wert giebt. Je nachdem man die eine oder die andere Betrachtungsweise anwendet, läßt sich ein Wertpapier als körperliche „Sache" bezeichnen oder nicht.

Im Verkehr ist es, weil eben hier bei dem Umlaufe des Papiers der sachenrechtliche Bestandteil, namentlich bei den Skripturrechten, in den Vordergrund tritt, durchaus üblich, nicht von einer Veräußerung oder einer Verpfändung des Rechts, sondern des Papiers, wie von der einer Sache, zu reden, und dieser Ausdrucksweise ist die Gesetzessprache gefolgt; vgl. die in Anm. 1 angeführten Stellen.

Nicht einheitlich ist aber der gesetzliche Sprachgebrauch, und es ist daher oft zweifelhaft, ob unter dem Ausdrucke „Sache" die Wertpapiere (und damit die in den Wertpapieren verkörperten Rechte) mit inbegriffen sind. Das HGB. stellt in seinen Bestimmungen die „Waren" und die „Wertpapiere" einander regelmäßig (vgl. §§ 1, 93, 381, 383, 400, vgl. noch § 369) gegenüber; ähnlich unterscheidet die CPO. (§§ 592, 688, 794, 884) „vertretbare Sachen" und „Wertpapiere." Dagegen werden in den Vorschriften über die Anweisung die Wertpapiere unmittelbar als vertretbare Sachen angesehen (BGB. § 783, HGB. § 363), ebenso im BGB. in den §§ 760, 935, 1006, 1084, 1362, 1381, 1392, 1814, 2116 als „Sachen" oder „verbrauchbare Sachen". Soweit jedoch die „Sache" als Gegenstand selbständiger Nutzung oder Verwertung in Betracht kommt, wird der Sachbegriff hier und in Zweifelsfällen, zB. hinsichtlich des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters (§ 569, S. 486), auf solche Wertpapiere zu beschränken sein, bei denen das sachenrechtliche Element überwiegt, also auf Skripturobligationen. Dagegen können zu den Sachen in diesem Sinne, d. h. körperlichen Gegenständen mit selbständigem Werte, nicht Hypothekenbriefe oder gar Legitimationspapiere gezählt werden (unten S. 899). Ferner beziehen sich die Grundsätze vom Erwerb im guten Glauben (BGB. §§ 932 ff; V, 348) nur auf eigentliche Sachen und Inhaberpapiere. Für Orderpapiere sind entsprechende Grundsätze besonders gegeben (unten S. 891[7]; V, 324).

Hinsichtlich der sonstigen Wertpapiere, insbesondere der Legitimationspapiere (S. 899), gilt dagegen, daß sie zwar Sachen und als solche namentlich Gegenstand der Vindikation sind (ERG. 22, 218), daß sie ferner natürlich auch für sich übereignet werden können, daß aber diese Übereignung für die Übertragung des in ihnen ver-

Digitized by Google

c. Arten der Wertpapiere.

1. Vollkommene (oder absolute) und unvollkommene (oder relative) Wertpapiere, S. 858.

2. Materiellrechtliche und skripturrechtliche Wertpapiere, jenachdem noch Verhältnisse außerhalb des Papiers für den Inhalt und die Übertragung des verbrieften Rechts bestimmend sind oder letzteres papiermäßig und in sachenrechtlicher Form erworben wird, S. 859.

3. Nach der Art, in der die Befugnis zur Geltendmachung des Rechts bestimmt ist, unterscheidet man:

α. Rektapapiere, wenn der im Papiere Benannte (oder sein nach den allgemeinen Grundsätzen sich bestimmender Rechtsnachfolger),

β. Orderpapiere, wenn der im Papiere Benannte oder derjenige, der das Papier laut „Order" des ersteren (als Indossatar) erlangt hat,

γ. Inhaberpapiere, wenn jeder Papierinhaber zur Geltendmachung des verbrieften Rechts berufen ist.

4. Nach der Art des verbrieften Rechts werden unterschieden:

α. Forderungspapiere (auch „Kreditpapiere" oder „Obligationen"), in denen ein Schuldverhältnis verbrieft ist.

Sie bilden wirtschaftlich und juristisch die Hauptgruppe der Wertpapiere. Als vollkommene Orderpapiere (unten S. 887) kommen sogar nur Forderungspapiere vor; Forderungspapiere auf den Inhaber werden vom BGB. als „Schuldverschreibungen auf den Inhaber" in den §§ 793 ff. zusammenhängend geregelt.

---

brieften Rechts nicht entscheidet, vielmehr grundsätzlich das Prinzip des BGB. § 952 (oben S. 859[5]; V, 348) anzuwenden ist.

Selbstverständlich gelten übrigens allgemein die Grundsätze des Sachenrechts, insbesondere des Sacherwerbs, wenn das Wertpapier nicht mehr als solches, sondern zB. nach erfolgter Einlösung als Autograph behandelt wird.

Digitized by Google

Die Forderungspapiere zerfallen in folgende Arten:

a. nach dem Inhalte der Leistung: in Geldpapiere (S. 866), Warenpapiere, zB. das Konnossement (S. 641), und Papiere über anderweite Leistungen, zB. die Eisenbahnfahrkarte, das Theaterbillet die Speisemarke;

b. nach der Natur des Leistungsversprechens: in individualisierte und abstrakte, je nachdem sie die causa debendi enthalten, zB. Staatsanleihen, oder nicht, zB. der Wechsel;[8])

c. nach der Person des Hauptverpflichteten: in eigene und gezogene Papiere. Erstere enthalten ein Leistungsversprechen des Ausstellers selbst, zB. der kaufmännische Verpflichtungsschein, der eigene (trockene) Wechsel, letztere einen Zahlungsauftrag an einen „Bezogenen", der sein „Accept" auf das Papier setzen soll, zB. die kaufmännische Anweisung, der gezogene Wechsel. Bei den gezogenen Papieren kann, muß aber nicht, ein Regreßhaftungsversprechen in der Ausstellung liegen.

β. Sachenrechtliche Wertpapiere, in denen ein dingliches Recht (und zwar ein Pfandrecht) verbrieft ist. Dahin gehören die Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe, der Grundschuld- und der Rentenschuldbrief auf den Inhaber, die Hypothekenpfandbriefe.[9])

---

[8]) Auch hier muß, wie überhaupt bei den abstrakten Rechtsverhältnissen (III, 402), zwischen notwendig und willkürlich abstrakten Leistungsversprechen unterschieden werden. So ist der Wechsel notwendig, die Anweisung nur willkürlich abstrakt (S. 187[9]).

[9]) Einen gemischten Charakter zeigen die sog. „Traditionspapiere", nämlich Konnossement (S. 641), Ladeschein (S. 636) und Lagerschein (S. 691). Sie sind an sich Forderungspapiere, sofern die Geltendmachung des Anspruchs auf Aushändigung des beförderten oder eingelagerten Guts an die Präsentation des Papiers geknüpft ist. Außerdem haben sie aber auch besitz- und sachenrechtliche Bedeutung, sofern die Übergabe des Papiers an den zur Empfangnahme des Guts durch das Papier Legitimierten für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselbe Wirkung hat, wie die Übergabe des Guts selbst (HGB. §§ 647, 450, 424; vgl. V, 74[32]).

Digitized by Google

γ. Korporations- oder Assoziationspapiere, in denen die Mitgliedschaft bei einer Korporation mit vermögensrechtlicher Grundlage verbrieft ist. Dahin gehören die Aktien, Interimsscheine, Reichsbankanteilscheine und Kuxe.[10])

d. Gesetzliche Regelung.

Nach dem zu b. Ausgeführten zeigt das Recht der Wertpapiere, insbesondere der Skripturrechte, zwei Seiten. Einmal wird es durch die Natur des Rechts selbst bestimmt, dessen Träger die Urkunde ist, sodann greifen sachenrechtliche Grundsätze ein, und für beide Arten von Normen, sowohl für die auf den Inhalt des Rechts als für die auf seine Verwertung im Rechtsverkehre bezüglichen, gelten insbesondere bei den Skripturrechten eigenartige Grundsätze.

Die auf den Inhalt des Rechts bezüglichen Normen sind nun in der Gesetzgebung gelegentlich der einschlägigen Rechtsgebiete erörtert; zB. die Befugnisse des Aktionärs im HGB. (S. 733 ff.), die Befugnisse des Hypothekengläubigers

---

[10]) Als weitere Einteilungen sind noch anzuführen die Einteilung:

a. in Haupt- und Nebenpapiere. Über Nebenpapiere vgl. S. 881;

b. nach der Person des Ausstellers: in öffentliche und Privatpapiere. Erstere sind Reichs- oder Staatspapiere (sog. „Fonds"), oder Papiere öffentlich-rechtlicher Korporationen oder Anstalten. Für die öffentlichen Papiere, sofern sie, wie regelmäßig, Inhaberschuldverschreibungen sind, gelten besondere Grundsätze, zB. in Ansehung der Umschreibung auf den Namen (S. 878[25]), für die Reichs- und Staatsanleihen besteht ferner Emissionsfreiheit (S. 869) und die Möglichkeit der Umwandlung in eine Buchforderung (S. 878);

c. in für den Handelsverkehr bestimmte (vgl. altes HGB. Art. 271[1], Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894 im Tarif Z. 2: Wertpapiere; auch negotiable Papiere, „Effekten") und sonstige Wertpapiere. Die ersteren haben regelmäßig einen Markt- oder Börsenpreis (S. 806). Die Negotiabilität eines Wertpapiers ist namentlich erheblich für den Begriff des Kaufmanns im Sinne von HGB. § 1 Abs. 2[1] und für die Notwendigkeit der Verstempelung gemäß dem Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894; vgl. auch ZwVG. § 69 (Sicherheitsleistung nur mit Wertpapieren, die einen Kurswert haben). Negotiabel sind vor allem Order- und Inhaberpapiere, aber auch gewisse Rektapapiere, zB. vinkulierte Namensaktien; vgl. ERG. 16, 84; 36, 39.

Digitized by Google

im Hypothekenrechte (V, 556) usw. Die auf die obligationenrechtliche Seite des Rechtsverhältnisses bezüglichen Sondernormen in Ansehung der Schuldverschreibungen auf den Inhaber, d. h. die Rechtsverhältnisse zwischen Aussteller und Inhaber, hat das BGB. im 22. Titel des 7. Abschnitts des zweiten Buchs (§§ 793 ff.) im Zusammenhange geregelt.

Die sachenrechtlichen Normen dagegen, welche sich natürlich nicht bloß auf die Inhaberschuldverschreibungen, sondern auch auf sonstige Inhaberpapiere, zB. Inhaberaktien, beziehen, sind im dritten Buche des BGB. gegeben. Die sachenrechtlichen Sondernormen für die Orderpapiere enthält namentlich die Wechselordnung, auf die für die übrigen Orderpapiere vom Gesetze selbst mehrfach (zB. HGB. § 365, oben S. 853) verwiesen wird. Dazu treten die Bestimmungen der CPO. über die Pfändung der Wertpapiere.

Des Zusammenhangs und besseren Verständnisses halber sind aber in den folgenden §§ nicht bloß die obligationenrechtlichen Grundsätze der Inhaberschuldverschreibungen erläutert, sondern es ist auch ihre sachenrechtliche Seite herangezogen; außerdem sind die Order- und Rektapapiere, sowie die Legitimationspapiere mit besprochen worden.

§ 166. Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

a. Begriff.

Eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist eine Urkunde, in welcher der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (BGB. § 793 Abs. 1).

Im Inhaberpapiere finden sich die für den Verkehr bedeutsamen Eigenschaften der Wertpapiere, die leichte Übertragungsform und die Selbständigkeit der Rechtslage des jeweiligen Erwerbers des Papiers, im höchsten Grade verwirklicht (ERG. 16, 84).

b. Geschichte.

Papiere mit Inhaberklausel kamen schon im 9. und 10. Jahrhundert im fränkischen und langobardischen Recht,

Digitized by Google

in Deutschland seit dem 13. und 14. Jahrhundert vor und verbrieften Rechtsverhältnisse aller Art; besonders häufig waren Rentenbriefe (II, 572) auf den Inhaber. Das Papier zeigte (vgl. II, 383) entweder die reine Inhaberklausel („ad hominem, apud quem hoc scriptum in manu paruerit") oder die alternative Inhaberklausel („tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit", „tibi vel habenti, exhibenti has litteras", „à N. N. ou au porteur"). In beiden Fällen konnte der Inhaber ohne weiteres sein Recht geltend machen; im letzteren Falle konnte der Aussteller einwenden, er habe schon an den Benannten erfüllt. Seit dem 16. Jahrhundert verlangte die römisch-kanonistische Lehre besondere Rechtsausweise (Nachweis der Begebung oder Bevollmächtigung). Jedoch gelangte in der weiteren Rechtsentwickelung das reine Inhaberpapier im modernen Sinne zur rechtlichen Anerkennung, während die alternativen Inhaberpapiere sich in Legitimationspapiere (unten § 168) umwandelten.

Das ALR. enthielt nur einzelne Vorschriften über die Inhaberpapiere.[1]) Außerdem kamen für das bisherige Recht besonders die Vorschrift des HGB. Art. 307 (Schutz des gutgläubigen Erwerbs) und die Bestimmungen der CPO. über die Zwangsvollstreckung in Wertpapiere (I, 567) in Betracht.

Das BGB. hat, wie bemerkt, das Recht der Inhaberschuldverschreibungen zusammenhängend in den §§ 793 ff. geregelt.

c. Arten der Inhaberschuldverschreibungen.

Als solche sind hervorzuheben:

1. die Inhaberschuldverschreibungen i. e. S., die

[1]) Vgl. ALR. I, 15 § 45 (Beschränkung der Vindikation), I, 11 § 401 (Übertragung nicht im Wege der Cession; vgl. auch I, 16 §§ 293, 294), I, 20 § 286 (Verpfändung durch Übergabe), I, 15 §§ 48 ff. (Außerkurssetzung); vgl. auch I, 12 § 415 über das Vermächtnis und I, 11 §§ 653, 793 über das Darlehen in Inhaberpapieren. Als wichtigste Ergänzungen traten die Ges. v. 17. Juni 1833 (Anerkennung des Klagerechts, Einschränkung der Ausgabe von Geldpapieren, S. 869) und v. 16. Juni 1835 (betr. die Außerkurssetzung, S. 877) hinzu.

Digitized by Google

als empfangsberechtigten Gläubiger den Inhaber nennen. Unter diesen sind die wichtigsten die Geldpapiere, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Inhalte haben;[2])

2. die Nebenpapiere (S. 881), das sind die Zins- und Rentenscheine (Coupons) sowie die Gewinnanteilscheine (Dividendenscheine); wegen der Erneuerungsscheine (Talons) vgl. S. 883[87];

3. die Inhaberzeichen (nach Dernburg „Inhabermarken"), d. h. Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet, aber der Inhaber als solcher gedacht ist (S. 883).

Diese Einteilung ist der folgenden Darstellung zu Grunde gelegt. Über die sog. „hinkenden Inhaberpapiere" vgl. unten S. 901.

d. Die Inhaberschuldverschreibungen i. e. S.

1. Die Entstehung des Gläubigerrechts.

Hier standen sich im bisherigen Rechte zwei Haupttheorieen gegenüber: die Vertragstheorie (Goldschmidt, Brunner, Gierke) und die Kreationstheorie (Kuntze, Jhering, Dernburg).

Nach der Vertragstheorie, die sich besonders auf den geschichtlichen Ursprung der Wertpapiere aus der fränkischen Dispositivurkunde (carta, II, 367) und die allgemeinen Grundsätze über die Entstehung der Schuldverhältnisse (S. 175) stützte, sollte auch die Schuldverbindlichkeit aus einem Inhaberpapiere durch einen Vertrag entstehen, welcher durch Geben und Nehmen der vom Aus-

---

[2]) An sonstigen Inhaberschuldverschreibungen kommen besonders noch vor:

a. Papiere, die die Zahlung einer unbestimmten Geldsumme zum Gegenstande haben, zB. Lotterielose (S. 784), Promessen aus dem Promessen- oder Heuergeschäfte, von dem Inhaber eines Prämienpapiers über die damit verknüpfte Gewinnhoffnung ausgestellt (S. 785[1]);

b. Papiere, die andersartige als Geldforderungen verkörpern, zB. die Traditionspapiere (S. 862[9]), wenn sie, soweit dies zulässig, auf den Inhaber gestellt sind, ferner Lose beim Ausspielgeschäfte (S. 786).

Digitized by Google

steller ausgefertigten Urkunde zustande käme (Begebungsvertrag).[3])

Nach der Kreationstheorie dagegen sollte die rechtliche Verbindlichkeit des Ausstellers durch einen einseitigen Verpflichtungsakt, nämlich bereits durch die einseitige Ausstellung (Kreation) der Urkunde, das einseitige schriftliche Versprechen ohne Begebung, geschaffen werden.[4]) Die praktischen Hauptunterschiede der beiden Theorieen waren folgende:

α. Nach der Kreations-, nicht nach der Vertragstheorie wird der Aussteller dem (gutgläubigen) Erwerber des Papiers auch dann verpflichtet, wenn es ohne seinen Willen in Umlauf gesetzt (zB. ihm nach der Ausfertigung gestohlen) ist.

β. Die Verpflichtung des Ausstellers tritt nach der Kreations-, nicht nach der Vertragstheorie auch dann ein, wenn er vor der Begebung stirbt oder geschäftsunfähig wird.

γ. Nach der Vertrags-, nicht nach der Kreationstheorie hängt die Verpflichtung des Ausstellers davon ab, daß der erste Nehmer des Papiers geschäftsfähig ist.

Die letzte Folgerung wurde schon von den Anhängern der Vertragstheorie selbst nicht festgehalten, und die beiden anderen Folgerungen hat nunmehr das BGB. (nach den Motiven vom Standpunkte der Kreationstheorie, nach der Denkschrift im Interesse der Verkehrssicherheit) im Sinne der Kreationstheorie entschieden.[5])

---

[3]) Über den Inhalt dieses Vertrags gingen die Ansichten wieder auseinander. Nach Brunner handelt es sich bei der Ausgabe um ein Versprechen der Leistung an eine persona incerta, nach Goldschmidt um einen in der Schrift abgegebenen und daher ohne diese unwiderruflichen Vertragsantrag, gerichtet an eine unbestimmte Personenreihe.

[4]) Eine mittlere Ansicht bildete die sog. Emissionstheorie (Stobbe), wonach die Verpflichtung des Ausstellers auf der Ausfertigung der Urkunde in Verbindung mit der Aufgabe der Detention (Emission) beruhen sollte. Danach würde die Verpflichtung des Ausstellers zB. entstehen, wenn er sie einem Anderen in Verwahrung giebt und dieser sie vertragswidrig in Verkehr setzt.

[5]) § 794: „Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen, oder wenn sie sonst ohne seinen

Digitized by Google

2. Befugnis zur Ausstellung.

Grundsätzlich ist zur Ausstellung einer Inhaberschuldverschreibung jeder unter denselben Voraussetzungen befugt und fähig, unter denen er überhaupt eine Schuldverbindlichkeit eingehen kann. Jedoch bestehen mehrfache Einschränkungen, die aus wirtschafts- und finanzpolitischen Gründen die Emissionsfreiheit vornehmlich in Ansehung der Geldpapiere (S. 866)[6] beschränken.

Willen in den Verkehr gelangt ist. Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist".

Selbstverständlich setzt aber § 794 voraus, daß der Aussteller bereits eine Schuldverschreibung hergestellt hatte, d. h. eine Urkunde, welche nach seinem Willen als solche (wenn auch vorläufig nicht zu Umlaufszwecken) gelten sollte. Wenn jemand ein mit der Unterschrift des Ausstellers versehenes Blankett stiehlt und mit urkundlichem Inhalte versieht, so haftet der Aussteller keinesfalls, auch nicht dem gutgläubigen Dritten. Ferner bestimmt § 794 nur, daß der Aussteller überhaupt durch die Kreation verpflichtet wird. Eine andere Frage ist, ob er jedem Inhaber gegenüber haftet. Dies richtet sich nach den weiter im Text erörterten Grundsätzen und ist daher in Bezug auf den Dieb und den bösgläubigen Erwerber zu verneinen (S. 872).

§ 794 bezieht sich endlich nur auf Inhaberschuldverschreibungen. Ob die Kreationstheorie nunmehr auch für sonstige Inhaberpapiere, zB. Inhaberaktien, und auch für Orderpapiere anzuerkennen ist, ist streitig.

Eine besondere Bestimmung für ein Rektapapier, nämlich die Anweisung, enthält BGB. § 784 Abs. 2: Ist der Annahmevermerk auf eine Anweisung (S. 850) vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam.

[6]) Als Hauptarten der Geldpapiere sind hervorzuheben:

a. Einzelpapiere und Massenpapiere. Erstere werden zur Abwickelung eines einzelnen Geschäfts begeben, zB. ein Inhaberscheck, letztere zwecks Durchführung einer größeren Finanzoperation, zB. einer staatlichen Anleihe, als Teilschuldverschreibungen (Partialobligationen) nach einem einheitlichen Plane. Vgl. über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen S. 543[4].

b. Als Massenpapiere kommen namentlich in Betracht:

1. Banknoten (III, 371).

2. Reichs- und Staatsschuldverschreibungen („Fonds"); S. 541[8].

Digitized by Google

α. In Anlehnung an ein Pr. Ges. v. 17. Juni 1833 bestimmt BGB. § 795 Abs. 1, daß im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen.[7]) Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig; der Aussteller hat dem Inhaber den durch die Ausgabe[8]) verursachten Schaden zu ersetzen (§ 795 Abs. 3).

Emissionsfreiheit besteht jedoch für die vom Reich oder einem Bundesstaat ausgegebenen Schuldverschreibungen (§ 795 Abs. 4).[9.10])

---

3. Landschaftliche Pfandbriefe; II, 575[11].

4. Landeskulturrentenbriefe; II, 574[11], V, 229[9].

5. Teilschuldverschreibungen über die Anleihen von Privatkorporationen (S. 542). Den Inhabern solcher wird häufig eine Sicherung durch Vorzugsrechte an bestimmten Bestandteilen des Korporationsvermögens eingeräumt. Dahin gehören:

α. Die Eisenbahnpfandschulden („Prioritäten", „Prioritätsobligationen"), welche durch ein Pfandrecht an der Bahneinheit gesichert sind (Pr. Bahngrundbuchges. v. 19. August 1895; III, 325); oben S. 546[5].

β. Die Teilschuldverschreibungen, für die eine Sicherungshypothek bestellt ist (BGB. §§ 1187 ff; V, 620).

γ. Die Hypothekenpfandbriefe, welche von den Hypothekenbanken ausgegeben und durch ein Vorzugsrecht an den der Bank zustehenden, in ein Hypothekenregister eingetragenen Hypothekenforderungen gesichert sind (Reichshypothekenbankg. v. 13. Juli 1899; V, 620[5]; 545[5]).

6. Inhaberpapiere mit Prämien (S. 544, 870).

[7]) Die Genehmigung wird durch die Centralbehörde des Bundesstaats erteilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Die Erteilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden (§ 795 Abs. 2).

[8]) Der Aussteller ist demnach dem gutgläubigen Erwerber nicht schadensersatzpflichtig, wenn die ungenehmigten Papiere ohne seinen Willen in den Verkehr gebracht worden sind.

[9]) Die Befolgung der Genehmigungsvorschrift ist ferner durch eine Strafbestimmung gesichert. Nach EGBGB. Art. 34 IV. ist in das StGB. als § 145a folgende Vorschrift eingestellt: „Wer im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung

Digitized by Google

β. Nach dem RG. vom 8. Juni 1871 (oben S. 544) dürfen — bei Vermeidung von Geldstrafe — auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen, in welchen allen Gläubigern oder einem Teile derselben außer der Zahlung der verschriebenen Geldsumme eine Prämie dergestalt zugesichert wird, daß durch Auslosung oder durch eine andere auf den Zufall gestellte Art der Ermittelung die zu prämiierenden Schuldverschreibungen und die Höhe der ihnen zufallenden Prämie bestimmt werden sollen (Inhaberpapiere mit Prämien) innerhalb des Deutschen Reichs nur auf Grund eines Reichsgesetzes und nur zum Zwecke der Anleihe eines Bundesstaats oder des Reichs ausgegeben werden.[11])

γ. Die Ausgabe von Banknoten, sowie von Kassenscheinen und sonstigen auf den Inhaber gestellten unverzinslichen Schuldscheinen ist der Reichsbank und gewissen anderen Notenbanken vorbehalten und kann anderweit nur durch Reichsgesetz erworben werden (Reichsbankgesetz v. 14. März 1875; III, 371).

δ. Inhaberwechsel sind nichtig (WO. Art. 4[3], 96[3]).[12])

---

einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, wird mit einer Geldstrafe belegt, die dem fünften Teil des Nennwerts der ausgegebenen Schuldverschreibungen gleichkommen kann, mindestens aber 300 Mk. beträgt".

[10]) § 795 findet nicht bloß auf Massengeldpapiere, sondern auch auf Einzelschuldverschreibungen über eine bestimmte Geldsumme Anwendung, ebenso auf Grundschuldbriefe auf den Inhaber (§ 1195, V, 629); dagegen ist er unanwendbar auf Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind (S. 888) und auf hinkende Inhaberpapiere (S. 901).

[11]) Verboten und strafbar ist auch der Handel. Auch der Handel mit ausländischen Prämienpapieren ist bei Strafe verboten, soweit sie nicht innerhalb bestimmter Fristen behördlich abgestempelt wurden. Bei Strafe verboten ist ferner der Verkauf auch von zugelassenen Prämienpapieren (und von Lotterielosen) oder Bezugs- oder Anteilsscheinen auf sie gegen Teilzahlungen (RG. über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, oben S. 234[5]). Vgl. ferner RGO. § 56a (Verbot des Vertreibens im Umherziehen).

[12]) Ebenso wie die genannten Inhaberschuldverschreibungen sind

Digitized by Google

3. Form der Ausstellung.

Die Urkunde muß, wenn auch nicht in bestimmter Form, ergeben, daß der Aussteller dem Inhaber der Urkunde die verbriefte Leistung verspricht, und muß gemäß § 126 (III, 458) durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Entgegen der allgemeinen Vorschrift des § 126 genügt aber eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift (BGB. § 793 Abs. 2 Satz 2, HGB. § 181).[18])

4. Die Übertragung des Inhaberpapiers.

Gemäß dem bereits S. 858 Ausgeführten folgt das Recht aus dem Papiere dem Recht am Papiere. Die Übertragung von Papier und Recht geht also in sachenrechtlicher Form vor sich. Die Übertragung des Rechts erscheint

---

auch gewisse sonstige Inhaberpapiere unzulässig. So sind nichtig Interimsscheine (d. h. Anteilscheine, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden, HGB. § 179 Abs. 3) auf den Inhaber sowie Inhaberaktien, die auf einen geringeren als den gesetzlich zulässigen Betrag (regelmäßig 1000 Mk., S. 726) lauten oder vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben werden (HGB. § 209); auch dürfen Aktien, die vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden, nicht auf den Inhaber lauten (HGB. § 179 Abs. 3). Unzulässig sind ferner Reichsbankanteilsscheine auf den Inhaber (Reichsbankg. v. 14. März 1875 § 23), Kuxscheine der Pr. Gewerkschaften auf den Inhaber (Pr. Berggef. v. 24. Juni 1865 § 113 Abs. 3).

[18]) Da bei Massenpapieren die einzelnen „Stücke" mit faksimilierten Unterschriften durch Druck hergestellt werden, so ist es üblich, vor der Ausreichung der Urkunde sie erst mit einem Kontrollvermerke zu versehen, der dann für die Vollendung der Urkunde — die Ausfertigung — wesentlich ist. Demgemäß kann nach § 793 Abs. 2 Satz 1 die Gültigkeit der Unterzeichnung durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Nach EGBGB. Art. 100[1] bedarf es bei den Staats- und ähnlichen Schuldverschreibungen der Aufnahme solcher Bestimmungen in die Urkunde selbst nicht. Vgl. über die „Ausfertigungsvermerke" bei preußischen Staats- und Kommunalanleihen AGBGB. Art. 17.

Gleiches wie für Inhaberpapiere nach § 793 Abs. 2 gilt nach HGB. § 181 für Inhaberaktien (doch auch für Namensaktien und Interimsscheine).

Digitized by Google

demnach als Übereignung des Papiers und erfolgt daher durch Einigung und Übergabe des Papiers. Dabei ist aber der Eigentumserwerb erleichtert. Gerade bei den Inhaberpapieren zeigt der Besitz seine „Publizitätsfunktion" (V, 20*) im höchsten Maße: der gutgläubige Erwerb vom äußerlich zur Geltendmachung des Rechts Legitimierten, d. h. vom Inhaber, verschafft Eigentum, selbst wenn das Papier gestohlen oder verloren war, demgemäß ist auf der anderen Seite die Eigentumsverfolgung für den wirklich Berechtigten eingeschränkt. Entsprechendes hinsichtlich der sachenrechtlichen Bestellungsform und des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers gilt bei Begründung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einem Inhaberpapiere. Das Nähere gehört dem Sachenrecht an. Vgl. V, 323.

5. Die Rechte aus dem Papiere.

α. Die Einrede des mangelnden Verfügungsrechts.

Bei der Inhaberschuldverschreibung ist der Inhaber derjenige, an den der Aussteller zu leisten sich verpflichtet hat. Somit ist der Inhaber zur Ausübung des Rechts, insbesondere zur Empfangnahme der Zahlung, legitimiert, und der Schuldner wird durch die Zahlung an ihn befreit, auch wenn der Inhaber das Recht unrechtmäßigerweise ausgeübt hat. Eine andere Frage ist es nun aber, ob der Inhaber als solcher, d. h. ohne Rücksicht auf sein materielles Innenverhältnis zum Papier, als wirklicher Gläubiger anzusehen ist. Im bisherigen Rechte standen sich hier zwei Haupttheorieen[14]) gegenüber, die Besitztheorie und die Eigentumstheorie. Die Besitztheorie nahm an, die Gläubigerschaft sei nicht an das Eigentum, sondern an den Besitz des Papiers geknüpft, sodaß jeder Inhaber als

[14]) Von anderen Theorieen sei hervorgehoben die „Personifikationstheorie" (Bekker), wonach das Papier selbst Gläubiger sein soll, und die „Pendenztheorie" (Jhering), wonach das Papier nur Mittel zur Begründung der Obligation sein und die Obligation erst entstehen soll, wenn der Inhaber die Forderung gegen den Schuldner erhebt.

Digitized by Google

solcher, insbesondere auch der unredliche, wahrer Gläubiger sei. Die Eigentumstheorie erkannte nur den Eigentümer des Papiers als wahren Gläubiger an und wies dem Besitzer nur eine äußere Legitimation zur Ausübung zu. Die praktische Bedeutung des Unterschieds lag vornehmlich darin, daß nach der Besitztheorie der Aussteller dem Inhaber Einwendungen aus der Art des Papiererwerbs nicht entgegensetzen durfte.

Das BGB. hat im Gegensatze zum ersten Entwurfe, der der Besitztheorie gefolgt war, die Eigentumstheorie angenommen; § 793 Abs. 1: „Hat jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er dem Inhaber der Urkunde ... eine Leistung verspricht ..., so kann der Inhaber von ihm die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit". Demnach braucht der Inhaber zunächst nicht darzulegen, in welcher Weise er das Papier erworben hat; sondern zur Begründung des Anspruchs aus der Schuldverschreibung genügt die Innehabung der Urkunde, und der Aussteller wird durch Zahlung an den äußerlich legitimierten Präsentanten befreit. Aber er ist befugt, die Leistung zu verweigern, wenn der Inhaber nicht zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist.[15]) Diese Einrede hat der Aussteller zu beweisen.[16])

---

[15]) Das volle Verfügungsrecht und damit das volle Gläubigerrecht steht dem Eigentümer zu. Denkbar ist aber auch, daß eine andere Person ein abgeleitetes Verfügungsrecht besitzt, sei es im fremden Interesse, zB. ein Bevollmächtigter, sei es im eigenen Interesse, zB. der Pfandgläubiger oder Nießbraucher.

[16]) Demnach ist der Aussteller zu einer Prüfung der Verfügungsbefugnis des Präsentanten nur berechtigt, aber nicht verpflichtet. Streitig ist aber, ob der Aussteller verpflichtet sei, dem seines Wissens unredlichen Inhaber die Zahlung zu verweigern. Die Denkschrift verneint diese Pflicht, weil sie mit der Natur der Inhaberklausel unvereinbar sei, und verweist den Eigentümer auf die Zahlungssperre (S. 880) als Schutzmittel. Dernburg sieht in

Digitized by Google

Zu beachten ist aber, daß der redliche Erwerb nach dem zu 4. Bemerkten eine selbständige, von der des Vormanns unabhängige Verfügungsmacht begründet und somit jene Einrede der mangelnden Berechtigung des Inhabers praktisch sehr zurücktritt, sodaß die Eigentumstheorie den Anforderungen der Verkehrssicherheit nicht widerstreitet.

β. Sonstige Einwendungen.

Wie bereits S. 859 bemerkt, entspricht der Selbständigkeit des Papiererwerbs die Verselbständigung des im Papiere verbrieften Rechts. Während die Cession die Forderung so überträgt, wie sie sich bei dem Cedenten darstellt, erwirbt durch die Übereignung des Papiers der Erwerber das verbriefte Recht „papiermäßig", also lediglich nach Maßgabe des Wortlauts der Urkunde.[17]) Es besteht somit gegen die Forderung aus einem Inhaberpapier eine ähnliche Beschränkung der Einwendungen, wie sie nach den Sätzen des Grundbuchrechts gegenüber einer Hypotheken-

der Zahlung des Ausstellers in solchem Fall einen Verstoß gegen § 826 (vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise, unten S. 935).

[17]) Eine andere Frage ist, ob dieser praktisch selbständige Erwerb der Rechtsidee nach als ursprünglicher oder als abgeleiteter Erwerb aufzufassen ist. Die Konstruktion des dem Erwerber zufallenden papiermäßigen Rechts ist bestritten. Meist (so zB. von Dernburg) wird es so erklärt, daß der Schuldner sich den künftigen Inhabern bei Begründung der Obligation in einer im voraus in der Urkunde selbst festgestellten Weise verpflichtet hat. Jeder Inhaber tritt demnach dem Aussteller als unmittelbar anerkannter Gläubiger gegenüber und nicht in, sondern nur an die Stelle des Vormanns. Nach Brunner dagegen ist der letzte Inhaber als Rechtsnachfolger seiner Vormänner anzusehen und die Ausschließung der aus dem Papiere nicht ersichtlichen Einreden aus der Person der Vormänner auf den „öffentlichen Glauben" der Inhaberpapiere zurückzuführen, der auf dem öffentlichen Nutzen beruhe. Der „öffentliche Glaube" der Inhaberpapiere bildet danach ein Seitenstück zu dem „öffentlichen Glauben" des Grundbuchs (V, § 13).

Die gleiche Betrachtung muß natürlich auch gegenüber den Orderpapieren (§ 167) Platz greifen. Vgl. eine ähnliche Streitfrage über die originäre oder derivative Natur des sachenrechtlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten V, 21[10].

Digitized by Google

forderung Platz greift (V, 572). Der Inhaber kann von dem Aussteller die Leistung „nach Maßgabe des Versprechens" verlangen (§ 793), und nach § 796 kann der Aussteller dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche:

a. die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, zB. daß das Papier nicht echt oder der Aussteller nicht geschäftsfähig gewesen sei,[18])

b. sich aus der Urkunde ergeben, zB. Mängel der Form der Urkunde,[19])

c. dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen, zB. der Einwand, daß der gegenwärtige Inhaber ihm die Forderung gestundet habe oder daß er gegen ihn mit einer aufrechnungsfähigen Gegenforderung aufrechne.[20.21])

---

[18]) Unerheblich ist aber, daß das Papier ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gekommen ist (S. 867[5]). Andererseits kommt der Schutz nicht mehr dem bereits amortisierten Papiere zu gute (S. 880[21]).

[19]) Dahin kann auch ein Einwand aus dem der Ausstellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse gehören. Das Inhaberpapier ist kein „notwendig" abstraktes (III, 402) Papier. Jedoch reicht die Abhängigkeit des Schuldversprechens von dem Kausalgeschäfte nicht weiter, als das Papier selbst ersehen läßt. Ist also, wie regelmäßig, in einer Darlehnsschuldverschreibung der Empfang der betreffenden Darlehnssumme bescheinigt, so kann der Aussteller die exceptio non numeratae pecuniae (S. 185) dem (gutgläubigen) Erwerber gegenüber nicht geltend machen.

Gewöhnlich fallen daher die Einwendungen aus dem kausalen Rechtsverhältnis unter c. (vgl. Anm. 20).

[20]) Dagegen darf der Schuldner dem gegenwärtigen Inhaber keine Einwendungen lediglich aus seinem Verhältnisse zum früheren Inhaber, insbesondere aus dem der Begebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zum ersten Nehmer (vgl. Anm. 19), entgegensetzen. Er kann dies nur insoweit, als sich der Einwand der Arglist begründen läßt. Dazu genügt meist, aber nicht immer, daß der gegenwärtige Inhaber die Einwendungen beim Erwerbe des Papiers kannte.

In keinem Falle schadet dem Erwerber die mala fides superveniens (vgl. V, § 23 c.) oder die Kenntnis von Mängeln, die lediglich in der Person seiner mittelbaren Vormänner bestanden. Zweifelhaft, jedoch zu verneinen dürfte ferner die Frage sein, ob,

Digitized by Google

6. Die Einlösung des Papiers.

Wie bereits S. 856[2] hervorgehoben, ist das Inhaberpapier ein „Präsentationspapier". Demgemäß schreibt BGB. § 797 Satz 1 vor, daß der Aussteller nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet ist.

In rechtsähnlicher Anwendung der zu 4. erörterten Grundsätze erwirbt nach § 797 Satz 2 der Aussteller ferner mit der Aushändigung das Eigentum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist.[22])

7. Erlöschen durch Zeitablauf.

Hierfür hat das BGB. in Abweichung von den allgemeinen Verjährungsvorschriften in den §§ 801, 802 (vgl. EGBGB. Art. 174 Abs. 2) Sondervorschriften gegeben.

Der Anspruch aus dem Papier ist gesetzlich befristet. Er erlischt, sofern nicht Dauer und Beginn der „Vorlegungsfrist" in der Urkunde anders bestimmt werden, mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit,[23]) wenn nicht vor dem Ablaufe der Frist entweder die Urkunde dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde

---

wenn jemand ein im Verhältnisse zwischen ihm und dem Aussteller einer Einwendung unterliegendes Inhaberpapier, das inzwischen auf einen gutgläubigen Erwerber übergegangen ist, zurückerwirbt, die Einwendung nunmehr gegen ihn wieder auflebt; vgl. V, 322[26].

[21]) Der Ausschluß der Einwendungen muß übrigens nicht bloß dem Eigentümer des Papiers, sondern auch dem Nießbraucher und Pfandgläubiger in Ansehung des Papiers bei Geltendmachung des Rechts aus demselben zu gute kommen; § 796 schützt demgemäß „den Inhaber" schlechthin.

[22]) Bei Erwerb durch den Aussteller tritt übrigens nicht von selbst Konfusion ein, sondern die Forderung ruht nur und lebt wieder auf, wenn das Papier wieder in den Verkehr gebracht wird (vgl. S. 3[9]; V, 24[14]). Ein Untergang der Forderung tritt erst ein, wenn der Aussteller das Papier unbrauchbar macht.

[23]) Über die Frist bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen vgl. S. 882.

Digitized by Google

gerichtlich geltend gemacht ist. Ist die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung rechtzeitig erfolgt, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren vom Ende der Vorlegungsfrist an.

Die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen (III, § 61 b. c.). Eine Unterbrechung der Vorlegungsfrist ist ausgeschlossen (die Vorlegung oder Geltendmachung beseitigt sie für immer). Dagegen werden Beginn und Lauf der Vorlegungsfrist und ebenso der Verjährung durch die Zahlungssperre (CPO. §§ 1019 ff.) zu Gunsten des Antragstellers gehemmt.

8. Umwandlung.

Die Vorteile, die ein Inhaberpapier durch seine leichte Begebbarkeit (S. 864) und Realisierbarkeit (S. 874) bietet, erhöhen auf der anderen Seite die Gefahr seines Verlusts. Zur Beseitigung dieser Gefahr sind Rechtseinrichtungen bestimmt, welche die Inhaberpapiernatur der Urkunde abschwächen oder aufheben.

α. Im bisherigen Gem. und Pr. Rechte diente diesem Zwecke vor allem die Außerkurssetzung. Sie hob während ihrer Dauer die Inhabereigenschaft des Papiers auf und verwandelte es in ein Rektapapier. Sie konnte, wenigstens in Preußen (ALR. I, 15 §§ 47 ff., Ges. v. 16. Juni 1835), grundsätzlich durch einen privaten Vermerk des Inhabers erfolgen. Sie wurde beseitigt durch die Wiederinkurssetzung, die nach vorheriger Untersuchung durch die zuständige Behörde. regelmäßig das Amtsgericht, bewirkt wurde und die Urkunde wieder zum Inhaberpapiere machte.

Das BGB. hat die im Verkehre nicht beliebte Außerkurssetzung nicht aufgenommen; die vorher erfolgten Außerkurssetzungen haben mit dem Inkrafttreten des BGB. ihre Wirkung verloren (EGBGB. Art. 176; vgl. auch EGHGB. Art. 26 für Inhaberaktien)[24]. Als Ersatz kennt das

[24]) Trotzdem sieht die CPO. § 823 (I, 568) noch den Fall vor, daß ein Inhaberpapier „außer Kurs gesetzt ist", da hier auch gepfändete ausländische Papiere in Frage kommen (vgl. dagegen

Digitized by Google

BGB. § 806 (und zwar nach EGBGB. Art. 174 Abs. 1 auch für die vorher ausgestellten Inhaberschuldverschreibungen) die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten. Sie kann nur durch den Aussteller erfolgen.[25]) Sie verwandelt das Wertpapier in ein Rektapapier. Möglich ist eine Rückverwandlung, die natürlich nicht als Neuemission im Sinne des § 794 (S. 867[5]) gilt.

β. Für die Reichs- und Staatsschuldverschreibungen kommt die Umwandlung in Buchforderungen in Betracht.[26]) Vgl. III, 677[7].

9. Ausstellung eines Ersatzpapiers.

Es ist denkbar, daß eine Inhaberschuldverschreibung infolge einer Beschädigung oder Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet ist, daß aber gleichwohl ihr wesentlicher Inhalt und ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind. Dann kann der Inhaber (und zwar auch für Inhaberschuldverschreibungen aus dem früheren Recht, EGBGB. Art. 174 Abs. 1) unter Vorschuß der

---

die Pr. Kgl. V. über das Verwaltungszwangsverfahren v. 15. November 1899 § 32, die lediglich dem BGB. angepaßt ist).

[25]) Nach § 806 Satz 2 ist der Aussteller (in Ansehung der unter dem BGB. ausgestellten Papiere) zur Umschreibung nicht verpflichtet.

Nach AGBGB. Art. 18 (statthaft nach EGBGB. Art 101) kann jedoch der Inhaber bei Inhaberschuldverschreibungen, die von einer Preuß. Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts ausgestellt sind, auf seine Kosten vom Aussteller Umschreibung auf seinen Namen oder den Namen eines von ihm bezeichneten Dritten, der über die umgeschriebene Schuldverschreibung Verfügungsberechtigte Rückverwandlung in eine Schuldverschreibung auf den Inhaber oder gegen Aushändigung der Urkunde Erteilung einer neuen Inhaberschuldverschreibung verlangen.

[26]) Eine fernere Sicherung gegen unrechtmäßige Verfügungen bietet für die vormundschaftliche Verwaltung und ähnliche Fälle die Hinterlegung von Inhaberpapieren bei der Reichsbank und gewissen anderen öffentlichen Hinterlegungsstellen mit der Bestimmung, daß die Herausgabe nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt werden kann (sog. „Sperrvermerk"; vgl. BGB. §§ 1814, 1667 Abs. 2, 1684, 1686); vgl. S. 902[8].

Digitized by Google

Kosten von dem Aussteller die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen (§ 798).[27])

10. Aufgebot und Kraftloserklärung.

Ist die Urkunde dem Eigentümer abhanden gekommen, so behält er zwar das Gläubigerrecht und kann sich das Papier, ohne das er sein Gläubigerrecht nicht ausüben kann, vom Besitzer wieder verschaffen, solange nicht ein gutgläubiger Erwerber es erlangt hat.[28]) Aber dazu wird er oft thatsächlich wegen Unkenntnis des Verbleibs des Papiers nicht in der Lage sein, und eine Wiedererlangung ist ausgeschlossen bei gänzlicher Vernichtung oder beim Unkenntlichwerden des Papiers.

Im Hinblick auf diese Nachteile gewährte bereits das bisherige Recht durch die Einrichtung der Kraftloserklärung (Amortisation)[29]) die Möglichkeit, das Recht von der verlorenen Urkunde abzulösen.

Auch nach BGB. § 799 Abs. 1 Satz 1 kann eine abhanden gekommene oder vernichtete Inhaberschuldverschreibung (und zwar nach EGBGB. Art. 174 Abs. 1 auch eine unter dem früheren Recht ausgestellte)[30]) im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden.

---

[27]) Vgl. HBG. § 229: entsprechende Vorschrift für Inhaberaktien (jedoch auch für Namensaktien und Interimsscheine).

[28]) Dem Schutze des Eigentümers in dieser Richtung dient besonders auch HGB. § 367 (V, 323[27]).

[29]) Die Amortisation in diesem Sinn ist nicht zu verwechseln mit der Amortisation als Einziehung von Inhaberpapieren zwecks Tilgung derselben, zB. bei planmäßiger Tilgung öffentlicher Anleihen (S. 543) oder Einlösung von Aktien (HGB. § 227, S. 743). Eine noch andere Bedeutung haben die Amortisationsgesetze, d. h. Bestimmungen über Erwerbsbeschränkungen der „toten Hand" (III, 181[5]).

[30]) Einer entsprechenden Kraftloserklärung unterliegen Grundschuldbriefe auf den Inhaber (§ 1195; V, 629), ferner Inhaberaktien (HGB. § 228, EGHGB. Art. 25). Sie findet andererseits nicht statt, wenn in der Inhaberschuldverschreibung selbst das Gegenteil bestimmt ist (§ 799 Abs. 1). Kraft Gesetzes (§ 799 Abs. 1 Satz 2) ist sie ausgeschlossen für Zins-, Renten- und Ge-

Digitized by Google

Die Vorschriften über das Aufgebotsverfahren enthält die CPO. § 946 ff., 1003 ff. (I, 455). Zur Sicherung des Erfolgs des Verfahrens dient die gerichtliche Zahlungssperre mit der Wirkung eines behördlichen Verfügungsverbots (§§ 136, 135; III, 485).[31])

In dem das Aufgebotsverfahren beendenden Ausschlußurteile wird die Urkunde für kraftlos erklärt. Hinsichtlich der Wirkungen der Kraftloserklärung bestimmt die CPO. § 1018 Abs. 1, daß derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt ist, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Das Ausschlußurteil ist also zur Weiterbegebung nicht bestimmt. Jedoch kann nach BGB. § 800 derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, statt dessen von dem Aussteller die Erteilung einer neuen Inhaberschuldverschreibung an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen.[32])

---

winnanteilsscheine (unten S. 882), sowie für die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen, insbesondere auch für Reichsbanknoten (Reichsbankg. v. 14. März 1875 § 4; III, 372).

[31]) Nach CPO. § 1019 hat das Gericht auf Antrag an den Aussteller sowie an die im Papier und die vom Antragsteller bezeichneten Zahlstellen das Verbot zu erlassen, an den Inhaber des Papiers eine Leistung zu bewirken, insbesondere neue Zins-, Renten-, oder Gewinnanteilsscheine oder einen Erneuerungsschein auszugeben. Die Zahlungssperre erfolgt regelmäßig (vgl. § 1020) zugleich mit der Einleitung des Aufgebotsverfahrens. Die Zahlungssperre ist von Amtswegen aufzuheben, wenn das Aufgebotsverfahren ohne Erlassung eines Ausschlußurteils erledigt wird oder wenn die Einleitung des Aufgebotsverfahrens bei vorher angeordneter Zahlungssperre nicht binnen 6 Monaten nach Beseitigung des Hindernisses beantragt wird (§ 1022).

[32]) Ist das Papier für kraftlos erklärt, so ist es auch in der Hand des gutgläubigen Erwerbers wertlos geworden. Dieser hätte sein Recht, um diese Wirkung zu verhindern, anmelden müssen. Mit Rücksicht darauf bestimmt § 437 (S. 400[7]), daß der Verkäufer eines Wertpapiers auch dafür haftet, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist. Ist ein zur Zeit des Verkaufs bereits für kraftlos erklärtes Papier verkauft, so liegt ein Vertrag über eine unmögliche Leistung vor oder es greift der Gesichtspunkt des wesentlichen Irrtums Platz.

Digitized by Google

e. Die Nebenpapiere.

Die in Wertpapieren, insbesondere in Inhaberpapieren, verbrieften Rechte gewähren regelmäßig (nicht zB. die Banknoten) wiederkehrende Nutzungen, nämlich Zinsen (zB. die Hypothekenpfandbriefe, V, 626[1]), Renten (zB. die unkündbaren Staatsanleihen, S. 543) und Gewinnanteile (Dividenden, zB. die Aktien). Die Ansprüche auf diese Nutzungen sind, wie das Hauptrecht im Hauptpapiere, so in Nebenpapieren verbrieft. Diese Nebenpapiere sind die Zinsscheine (Coupons), Rentenscheine, Gewinnanteilscheine (Dividendenscheine). Sie lauten regelmäßig auf den Inhaber und sind Forderungspapiere, auch wenn die Hauptpapiere Rekta- oder Orderpapiere und Korporations- oder sachenrechtliche Papiere sind.

Für diese Nebenpapiere gelten grundsätzlich die zu d. entwickelten Vorschriften über die Inhaberpapiere, jedoch bestehen mehrfache Besonderheiten.

1. Die Zins- und Gewinnanteilforderungen sind accessorische Rechte. Durch ihre Verkörperung in Inhaberpapieren wird ihr Charakter nicht geändert. Sie können daher nicht ohne gültiges Hauptrecht entstehen; ist die Inhaberschuldverschreibung oder die Inhaberaktie nichtig (vgl. zB. S. 871[12]), so sind es auch die Zins- oder Gewinnanteilscheine. Für Zinsscheine gelten ferner die §§ 248 (S. 49), 289 (S. 50).[33])

Auf der anderen Seite zeigen sie durch ihre Verkörperung in besonderen Papieren eine gewisse Selbständigkeit. So erstreckt sich zB. das Pfandrecht an einem Wertpapier auf die Nebenpapiere nur, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind (§ 1296; V, 710). Insbesondere bestimmt aber in Übereinstimmung mit der Verkehrsauffassung § 803 Abs. 1, daß die einmal für eine Inhaberschuldverschreibung ausgegebenen Scheine, sofern sie nicht selbst eine gegenteilige Bestimmung enthalten, in Kraft

[33]) Jedoch gilt nicht das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs. 1 (S. 46[12]), wenn ein höherer Zinssatz als 6% vereinbart ist (§ 247 Abs. 2.)

Digitized by Google

bleiben, auch wenn die Hauptforderung erlischt (zB. durch Auslosung, S. 543) oder die Verpflichtung zur Verzinsung aufgehoben oder geändert wird (zB. durch „Konvertierung", S. 544).[34.35])

2. Bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist des § 801 (S. 876) vier Jahre (vgl. § 197; III, 638[4]) und beginnt (vgl. § 201; III, 627[6]) mit dem Schlusse des Jahrs, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt, sofern nicht in den Scheinen selbst etwas anderes bestimmt ist (BGB. § 801 Abs. 1, 3).

3. Die Kraftloserklärung der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine ist ausgeschlossen (BGB. § 799 Abs. 1 Satz 2). Jedoch gewährt BGB. § 804 Abs. 1 dem Verlierer des Scheins einen anderen Weg zur Erlangung des Betrags.[36.37])

---

[34]) Daher ist nach § 803 Abs. 2 der Aussteller berechtigt, wenn solche Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht zurückgegeben werden, den Betrag zurückzubehalten, den er nach Abs. 1 für die Scheine zu zahlen verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung besteht aber nicht mehr, wenn die Zinsscheine selbst bereits gemäß § 801 (s. o.) wirkungslos geworden sind.

[35]) Für Inhabergewinnanteilscheine, die nicht eine reine Geldzahlung, sondern einen zu verteilenden Reingewinn zum Ziele haben, bestimmt im Gegensatze zu BGB. § 803 HGB. § 228 Abs. 2, daß mit der Kraftloserklärung der Aktie oder des Interimsscheins auch der Anspruch aus den noch nicht fälligen Gewinnanteilscheinen erlischt.

[36]) Ist nämlich ein solches Nebenpapier abhanden gekommen oder vernichtet, so kann und muß der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist anzeigen. Dann kann er nach dem Ablaufe der Frist (selbstverständlich nur bei Nachweis der etwa bestrittenen früheren Innehabung) die Leistung vom Aussteller verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht ist, es sei denn, daß dies erst nach Fristablauf erfolgt ist. Denn dann braucht der Aussteller auf das Recht des dritten Präsentanten nicht mehr Rücksicht zu nehmen. Der Anspruch des Verlierers verjährt in 4 Jahren, gerechnet vom Ablaufe der Vorlegungsfrist an.

In dem Scheine kann der Anspruch auf Leistung ohne Vorlegung des Nebenpapiers ausgeschlossen werden (§ 804 Abs. 2). Nach AGBGB. Art. 17 (statthaft nach EGBGB. Art. 100[3]) ist der

Digitized by Google

f. Inhaberzeichen (Inhabermarken).

Im täglichen Verkehre kommen die verschiedensten Karten, Scheine, Marken und ähnliche Urkunden vor, die für irgend eine Leistung rechtliche Bedeutung haben und einen Gläubiger nicht nennen.[38]) Diese Urkunden haben einen einheitlichen Charakter nicht. Sie können sein:

1. bloße Rechtsausweise, zB. der erst im Wagen verabfolgte Straßenbahnfahrschein, der lediglich ein Beweiszeichen über die erfolgte Zahlung darstellt;

2. Legitimationspapiere (S. 899), zB. der Eisenbahngepäckschein, die Garderobemarke;

Anspruch auch ohne Vermerk im Schein ausgeschlossen bei Zinsscheinen zu den vom Staat oder einem Kommunalverband ausgestellten Inhaberschuldverschreibungen, sowie zu Rentenbriefen der Rentenbanken (II, 574[11]) und zu landschaftlichen Pfand- und ständischen Kreditbriefen (II, 575[11]).

[37]) Außer den im Texte behandelten finden sich noch andere Sonderbestimmungen für die Nebenpapiere, die gehörigen Orts zu besprechen sind. Vgl. BGB. §§ 234, 1081 (V, 459[4]), 1296 (V, 710), 1392, 1667, 1814, 1818, 2116; HGB. § 367 (V, 323[37]).

Ein eigenartiges Nebenpapier ist der Erneuerungsschein (Talon = Ferse, der letzte Schein des Zinsbogens), auf dem der Inhaber die Ausreichung einer neuen Reihe von Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen (und eines neuen Talons) vom Aussteller fordern kann. Der Talon kann bloßes Legitimations- (S. 899) oder echtes Inhaberpapier sein. Auch im letzteren Fall ist er aber einer eigenartigen gesetzlichen Beschränkung unterworfen. Nach BGB. § 805 dürfen neue Zins- oder Rentenscheine für eine Inhaberschuldverschreibung an den Inhaber des zum Empfang ermächtigenden Erneuerungsscheins nicht ausgegeben werden, wenn der Inhaber des Hauptpapiers der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Inhaber der Schuldverschreibung auszuhändigen, wenn er die Haupturkunde vorlegt.

Entsprechende Bestimmungen gelten für die Erneuerungsscheine auf Gewinnanteilscheine von Aktien und Interimsscheinen (HGB. § 230).

[38]) Andere Verkehrskarten und Marken lauten auf Namen. Dann sind sie entweder bloße Rechtsausweise, zB. Dauerkarten, Rundreisefahrscheinhefte, oder Legitimationspapiere (S. 902), zB. Pelzkonservierungsscheine. Auch dies hängt von den Umständen ab. Übrigens unterscheiden sich diese Karten und Marken von anderen Wertpapieren auch dadurch, daß sie auch bezüglich der Leistung und des Ausstellers häufig unvollständige oder gar keine Angaben enthalten (Biermarken usw.).

Digitized by Google

3. wirkliche Inhaberpapiere, zB. die Eisenbahnfahrkarte,[39]) Eintrittskarten für Theater, Konzert, Ausstellungen, Bier-, Speise-, Bademarken usw.

Welche Art im einzelnen Falle vorliegt, kann sich nach dem der Ausstellung zu Grunde liegenden Abkommen (als lex contractus; III, 80) richten, zB. den Beförderungsbedingungen der Bahn; anderenfalls entscheidet die Verkehrssitte. Dies ist auch der Standpunkt des BGB. § 807, wonach eine den Gläubiger nicht bezeichnende Karte usw. ein Inhaberpapier dann und nur dann ist, wenn sie von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben wird, aus welchen sich ergiebt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will.

Hat die Urkunde diesen Charakter (Inhaberzeichen), so gelten nach § 807 in Ansehung der Bedeutung der Kreation, der Übertragung, der Geltendmachung der Rechte aus dem Papier, insbesondere der Einrede des mangelnden Verfügungsrechts und der sonstigen Einwendungen, sowie der Einlösung des Papiers die Grundsätze der Inhaberschuldverschreibungen (§§ 793 Abs. 1, 794, 796, 797; oben d.).[40.41])

---

[39]) Von manchen wird sie allerdings nur als Legitimationspapier angesehen, aber offenbar zu Unrecht. Ein echtes Inhaberpapier ist namentlich auch die „nicht übertragbare" Rückfahrkarte. Sie verbrieft eine Hin- und Rückfahrt als einheitliche Leistung und will nur besagen, daß, wenn der Inhaber die Reise angetreten, er den Anspruch auf Rückfahrt nicht einem Anderen übertragen kann, während er vor Beginn der Hinfahrt die Rückfahrkarte ebensogut weiter veräußern kann, wie eine einfache Fahrkarte. In ähnlicher Weise verbriefen auch Eintrittskarten für Theater oder Speisemarken einheitliche Leistungen. Denn auch hier ist ein Wechsel der Personen während der einzelnen Akte oder Gänge ausgeschlossen.

[40]) Dagegen besteht nicht das Erfordernis staatlicher Genehmigung zur Ausgabe (§ 795), der Anspruch auf Erteilung eines Ersatzpapiers (§ 798), die Möglichkeit der Kraftloserklärung (§§ 799, 800), die ausschließende Kraft der Vorlegungsfrist (§§ 801, 802), die Möglichkeit einer Umschreibung auf den Namen (§ 806).

[41]) Nicht zu den Inhaberzeichen gehören die Stempelmarken, die als Zahlungsmittel bestimmter Form für die Stempelsteuer bestimmt sind. Auch die Briefmarke ist nicht als Inhaberzeichen (Träger eines Forderungsrechts), sondern als Zahlungsmittel (Sache) für eine postalische Leistung anzusehen (III, 366[1] und oben S. 651).

Digitized by Google

§ 167. Die Orderpapiere.

a. Begriff.

Ein Orderpapier ist ein Wertpapier, in welchem die Geltendmachung des Rechts dem namentlich Benannten (Remittenten) oder demjenigen eingeräumt wird, der das Papier gemäß der „Order" des ersteren (als „Indossatar") erlangen wird. Wesentlich ist dem Orderpapier also das Indossament als Übertragungsakt.

Das Orderpapier verbrieft, wie das Inhaberpapier, ein „Skripturrecht" (als Wertpapier „öffentlichen Glaubens", S. 859[6]). Demgemäß gelten entsprechende Grundsätze hinsichtlich der sachenrechtlichen Form der Übertragung oder Belastung des Rechts (S. 889), des Schutzes des redlichen Erwerbers und der Vindikationsbeschränkungen (S. 889), hinsichtlich der Geltendmachung des Rechts aus dem Papiere („papiermäßiger" Erwerb mit Beschränkung der Einwendungen, S. 891) und der Einlösung (S. 892). Nur tritt an die Stelle der bloßen Übergabe die Übergabe des indossierten Papiers, und als äußerlich zur Ausübung berufen gilt nicht der Inhaber als solcher, sondern der durch eine äußerlich formgerechte Kette von Indossamenten legitimierte Inhaber.

b. Geschichte.

Die Orderklausel fand sich bereits im 6. Jahrhundert als „Exekutionsklausel" (creditori aut cui dederit hanc cautionem ad exigendum) zum Ersatze der fehlenden Prozeßvertretung (II, 383). Einige Zeit später kam die wahre Orderklausel auf (tibi vel cui in manum miseris, vel cui ordinaveris; à N. N. ou à son command; dir oder wer diesen Brief mit deinem guten Willen inne hat, oder dem getreuen Inhaber; noch später all' ordine, à ordre, an Order). Der Schuldner hatte an den Vorzeiger („Präsentanten") der Urkunde zu zahlen, wenn er die gutwillige Begebung durch den Benannten nachwies, insbesondere durch besondere Urkunde („Willebrief"), gleichgültig, ob Vollmacht oder Cession vorlag. Seit dem

Digitized by Google

16. Jahrhundert wurde es üblich, den Übertragungsvermerk auf das Papier zu setzen, und zwar entweder am Fuße des Papiers (a valle, daher „Aval" im Wechselrechte, WO. Art. 81, oben S. 826[7]) oder auf der Rückseite (in dorso, Indossament, III, 458[10], und unten S. 887). Ursprünglich war nur einmalige Verfügung statthaft, seit dem 17. Jahrhundert (zuerst in Frankreich für den Wechsel) wiederholte; außerdem wurde das Indossament in blanco zulässig.

Die Entwickelung hat sich vornehmlich für den Wechsel vollzogen. Er bildet noch heute das bei weitem wichtigste Orderpapier und zeigt, wennschon in geringerem Maß als früher, materielle und formelle Besonderheiten.

Das Wechselrecht war bereits im ALR. zusammenhängend geregelt (ALR. II, 8 Abschnitt 8); zur Zeit gilt die Allgemeine deutsche Wechselordnung („WO"; vgl. II, 415). Auf sie wird vom Gesetze bei Regelung der übrigen Orderpapiere verwiesen (S. 853 und unten S. 888). Doch finden sich Bestimmungen über den Nießbrauch und die Verpfändung von Orderpapieren auch im BGB. (§§ 1081 ff., 1292, 1294 ff.; V, 458, 709), und das Pfändungspfandrecht an Orderpapieren ist in der CPO. §§ 831, 835 ff. (I, 567[32]) geregelt.

Im Folgenden sollen im wesentlichen nur die allen Orderpapieren gemeinsamen Grundsätze dargestellt werden.

c. Arten der Orderpapiere.

1. „An Order" können nur diejenigen Wertpapiere ausgestellt werden, welche das Gesetz als Orderpapiere zuläßt. Die Stellung eines gewöhnlichen Schuldscheins an Order macht ihn nicht indossabel (so ausdrücklich ALR. I, 11 § 736).

Im übrigen sind zu unterscheiden:

α. Gesetzliche (sog. „geborene") und gewillkürte (sog. „gekorene") Orderpapiere. Erstere gelten kraft Gesetzes, also auch wenn sie nicht die Orderklausel („an Order") enthalten, als Orderpapiere und sind es nur dann nicht, wenn sie mit der „negativen Orderklausel" („nicht an Order", WO. Art. 9 Abs. 2) versehen sind.

Digitized by Google

Letztere sind Orderpapiere nur dann, wenn sie die „positive Orderklausel" zeigen.

β. Vollkommene und unvollkommene (S. 858) Orderpapiere. Die ersteren sind Skripturrechte, bei denen das Indossament nach Form und Wirkung volle skripturrechtliche Bedeutung hat. Die letzteren sind zwar indossabel, aber die Wirkung des Indossaments ist beschränkt.[1])

2. Die einzelnen Orderpapiere sind folgende:

α. Geborenes vollkommenes Orderpapier ist der Wechsel (WO. Art. 4[2], 9).

Geborene unvollkommene Orderpapiere sind nach Reichsrecht die Namensaktie, der Interimsschein, der Reichsbankanteilschein, (unten S. 894).

β. Gekorene vollkommene Orderpapiere sind (HGB. § 363) kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine (S. 852), Konnossemente (S. 641), Ladescheine (S. 636), Lagerscheine (S. 691), Bodmereibriefe (S. 540) und Transportversicherungspolicen (nach altem HGB. Art. 302 nur Seeassekuranzpolicen).

Über gekorene unvollkommene Orderpapiere vgl. S. 895.

d. Die vollkommenen Orderpapiere.

1. Das Indossament.

Wie bei den Inhaberpapieren muß bei den Orderpapieren die „äußerliche Legitimation" zur Geltendmachung des Rechts von der materiellen Gläubigerschaft unterschieden werden; denn auch hier ist jene für den Erwerb und die Geltendmachung der Rechte aus dem Papiere von wesentlicher und eigenartiger Bedeutung.

Während nun bei den Inhaberpapieren die Übertragung in Form bloßer Übergabe geschieht und daher als

[1]) Von Bedeutung für die Orderpapiere ist auch die Einteilung in eigene und gezogene (S. 862); insbesondere gilt dies für das Wechselrecht. Die Anführungen des Textes aus der WO. beziehen sich auf den gezogenen Wechsel; doch gilt für den eigenen Wechsel überall Entsprechendes gemäß WO. Art. 96, 98.

Digitized by Google

äußerlich legitimiert jeder Besitzer erscheint, wird bei den Orderpapieren nach WO. Art. 9, HGB. § 363 die Übertragung durch „Indossament" („Giro") in Verbindung mit der Übergabe des Papiers bewirkt und ist demgemäß die Art der Legitimation des Besitzers eine andere.

Die Übertragung eines Orderpapiers durch Indossament erfolgt durch einen vom Remittenten auf das Papier[2]) geschriebenen entsprechenden Vermerk (WO. Art. 11, HGB. § 365 Abs. 1). Dabei kann die Indossierung entweder geschehen unter Benennung des Indossatars (*Namens-* oder *Vollindossament*) oder durch einfache Namens- oder Firmenunterschrift (aber nur auf der Rückseite) seitens des Begebenden (*Blankoindossament*; WO. Art. 12, HGB. § 365 Abs. 1). Der Indossatar ist befugt, den Wechsel (oder das sonstige Orderpapier) *weiter zu indossieren* (als *Indossant*; WO. Art. 10, HGB. § 364 Abs. 1). Über die Form der Indossamente vgl. S. 308[9]. Befinden sich auf dem Papiere Blankoindossamente, so kann jeder Inhaber sie ausfüllen; er kann das Papier auch ohne diese Ausfüllung weiter indossieren (WO. Art. 13, HGB. § 365 Abs. 1).

Aus dieser Form der Übertragung folgt, daß „der Inhaber eines indossierten Wechsels (oder sonstigen Orderpapiers) durch eine zusammenhängende, bis auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimiert wird ..." (WO. Art. 36, HGB. § 365 Abs. 1), abgesehen vom Remittenten, der im Papiere selbst als Berechtigter genannt ist[3]). Diese Legitimation be-

---

[2]) Bei dem Wechsel kann das Indossament auch auf ein „Wechselduplikat" oder eine „Kopie" des Wechsels oder ein mit dem Wechsel, dem Duplikat oder der Kopie verbundenes Blatt („Allonge") geschrieben werden.

[3]) Art. 36 fährt fort: „Das erste Indossament muß demnach mit dem Namen des Remittenten, jedes folgende Indossament mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar benennt. Wenn auf ein Blankoindossament ein weiteres Indossament folgt, so wird angenommen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blankoindossament erworben hat. *Ausgestrichene Indossa-*

Digitized by Google

trifft sowohl die Befugnis zur Verfügung über das Papier, als auch die Geltendmachung des Rechts aus dem Papiere.

Denkbar ist es nun, daß diese äußerlich geschlossene Reihe in materiellrechtlich mangelhafter Weise zustande gekommen ist, zB. ein Indossament gefälscht oder durch einen Geschäftsunfähigen ausgestellt ist. Auch hier gilt nun aber, weil eben das Orderpapier auch ein Skripturrecht ist, daß, ebenso wie bei Inhaberpapieren der gutgläubige Erwerber vom Besitzer (als „äußerlich Legitimiertem") selbständige Rechte an und aus dem Papier erlangt, der gutgläubige Erwerb des indossierten Orderpapiers von dem durch eine äußerlich formgerechte Kette von Indossamenten legitimierten Besitzer (als „äußerlich Legitimiertem") eine gleiche selbständige Rechtsstellung verleiht (vgl. jedoch S. 850[4]).

Dies zeigt sich sowohl bei der Übertragung des Papiers (2.) als bei der Geltendmachung der Rechte aus dem Papiere (3.).

2. Die Übertragung des Orderpapiers.

Die Übertragung vollzieht sich, wie die des Inhaberpapiers, in sachenrechtlicher Form, durch Indossierung und Übergabe des Papiers (vgl. WO. Art. 17; EVG. 35, 75). Dabei ist gemäß dem zu 1. Bemerkten der Rechtserwerb erleichtert. Es genügt gutgläubiger Erwerb von dem gemäß WO. Art. 36, HGB. § 365 Abs. 1 äußerlich legitimierten Besitzer des Papiers. Dies gilt sowohl für die Übereignung als auch für die Begründung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an dem Papiere, wie im Sachenrechte näher darzulegen ist (V, 456, 699), und führt zu einer entsprechenden Beschränkung der Vindikation.[4])

---

mente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen. Die Echtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nicht verpflichtet" (vgl. hierüber S. 890[6]).

[4]) Eine Vindikation eines gestohlenen Wechsels zB. ist demnach nur zulässig:

a. gegen den Dieb selbst; b. gegen denjenigen Besitzer, auf welchen das Papier nicht durch Indossierung gediehen ist (zB. der auf A. indossierte Wechsel wird von B. gestohlen und von diesem an den gutgläubigen C. durch bloße Übergabe, die B. und C. für

Digitized by Google

3. Die Rechte aus dem Papier.

Entsprechend dem für die Inhaberpapiere Ausgeführten (S. 872) muß zwar auch für die Orderpapiere das wahre Gläubigerrecht nur demjenigen zugeschrieben werden, der das Eigentum des Papiers (möglichenfalls in der zu 2. dargelegten erleichterten Weise) erworben hat. Aber auch hier ist der Schuldner an den äußerlich legitimierten Präsentanten zu zahlen berechtigt und verpflichtet, ohne den Nachweis der materiellen Berechtigung fordern zu dürfen; jedoch unbeschadet seiner Befugnis zum Einwande des mangelnden Verfügungsrechts.[5])

Auch wegen der sonstigen Einwendungen kommt die skripturrechtliche Natur des Orderpapiers zur Geltung und führt zu einer Beschränkung der Einwendungen. Denn nach WO. Art. 10, HGB. § 364 Abs. 1 gehen durch das Indossament alle Rechte „aus dem indossierten Papier" (also nicht bloß die Rechte des Vormanns) auf den Indossatar über. Dieser erwirbt das Recht also so, wie es verbrieft steht, und der Schuldner kann demgemäß dem legitimierten Besitzer der Urkunde nur solche Einwendungen entgegen-

---

ausreichend halten, übertragen); c. dagegen gegen den gemäß WO. Art. 36 legitimierten Besitzer nur im Falle der Unredlichkeit. Als solche gilt es, entsprechend dem Rechtserwerbe vom Nichtberechtigten bei körperlichen Sachen (V, 48[12]), nach WO. Art. 74, „wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt". So wird in dem vorigen Beispiele C. unanfechtbarer Wechseleigentümer, wenn B. die Unterschrift des A. fälschend, den Wechsel auf C. indossiert, falls nicht C. das Nichtrecht des B. kennt oder kennen muß.

[5]) Auch für die Orderpapiere (vgl. S. 873) muß also anerkannt werden, daß der Zahlungspflichtige einredeweise die mangelnde Verfügungsbefugnis des äußerlich Legitimierten geltend machen kann. Denn nach WO. Art. 36, HGB. § 365 Abs. 1 ist der Zahlende nicht *verpflichtet*, die Echtheit der Indossamente zu prüfen, wohl aber dazu *berechtigt*, und, wenn dies nach dem zu 1. im Text Ausgeführten möglich, demgemäß auch befugt, aus der Unechtheit Einwendungen herzuleiten. Dies muß entsprechend auch für sonstige Verfügungsmängel gelten.

Eine andere Frage als die bisher erörterte ist, ob er die *Identität* des Präsentanten mit dem in der Urkunde genannten letzten Indossatar zu prüfen hat. Diese Frage ist zu bejahen.

Digitized by Google

setzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen (HGB. § 364 Abs. 2); vgl. S. 875.[6.7])

---

[6]) Sachlich übereinstimmend verordnet WO. Art. 82: „Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen".

Was die Einwendungen aus dem der Ausstellung zu Grunde liegenden Kausalgeschäfte bei den Orderpapieren betrifft, so ist zu beachten, daß der Wechsel ein „notwendig abstraktes" Geschäft ist, sodaß diese Einwendungen nur unter den unmittelbar bei dem Kausalgeschäfte Beteiligten Platz greifen und gegen Nachmänner nur so wie sonstige Einwendungen aus der Person der Vormänner, d. h. unter dem Gesichtspunkte der Arglist, geltend gemacht werden können (vgl. III, 424[8]). Bei den übrigen Orderpapieren können Einwendungen aus dem Kausalgeschäft auch gegen Dritte erhoben werden, soweit sie aus der Urkunde ersichtlich sind. Dabei ist aber zu beachten, daß kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine überhaupt nur an Order gestellt werden können, wenn darin nicht die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist (HGB. § 363); S. 853.

Bei dem Bodmereibrief ist andererseits auch gegen den gutgläubigen Indossatar der Einwand der Unzulässigkeit der Verbodmung zulässig (HGB. § 686 Abs. 3).

[7]) a. Nach der obigen Darstellung sind dem Indossamente wesentlich:

1. Die sog. Transportfunktion (S. 308[8]). Sie kann ihm, sofern die Indossierung der Urkunde überhaupt zulässig ist, nicht genommen werden. Insbesondere schließt die sog. „negative Orderklausel" (S. 886), wenn sie vom Aussteller herrührt, die Übertragung des Wechsels durch Indossament überhaupt aus (WO. Art. 9 Abs. 2; sog. Rektawechsel), beschränkt dagegen, wird sie von einem Indossatar gebraucht (sog. Rektaindossament), nur die Garantiefunktion (unten b.). Erleichtert wird der Transport durch Anwendung des Blankoindossaments (unten d.).

2. Die Legitimationsfunktion. Die Indossierung schafft die bedeutsame „äußere Legitimation". Auch sie kann dem Indossamente nicht genommen werden und ist besonders einfach bei einem Blankoindossament (unten d.).

Vorstehende Bemerkungen treffen jedoch nur das eigentliche Indossament. Nach WO. Art. 17 (nicht ausgedehnt auf die übrigen Orderpapiere) kann nämlich ein sog. (als solches kenntlich zu machendes) „Prokuraindossament" ausgestellt werden. Der Prokuraindossatar wird nicht Eigentümer des Wechsels, sondern ist nur zur

Digitized by Google

4. Einlösung des Papiers.

Auch das Orderpapier ist ein „Präsentationspapier" (S. 856²).

Geltendmachung des Wechselanspruchs namens des Prokuraindossanten und zur Weiterübertragung durch Prokuraindossament (nicht durch eigentliches Indossament) ermächtigt, daher auch allen Einwendungen aus der Person seines Indossanten, andererseits nicht materiellen Einwendungen aus seiner Person ausgesetzt.

In der Praxis wird das Prokuraindossament selten verwendet, sondern regelmäßig zu Inkassozwecken ein „fiduziarisches" eigentliches Indossament, sog. „stilles Prokuraindossament" gebraucht (III, 423). Auch der fiduziarische Indossatar muß sich indessen alle Einwendungen aus der Person seines Indossanten unbedingt entgegensetzen lassen (ERG. 41, 114); vgl. III, 424⁸.

b. Dem wechselrechtlichen Indossamente wohnt außer den zu a. genannten noch eine dritte Funktion inne, die sog. Garantiefunktion. Während bei den sonstigen Orderpapieren die Frage, ob der Indossant bei Nichteinlösung des Papiers dem Indossatar haftet, sich nach dem jeweils zu Grunde liegenden materiellen Verhältnisse richtet, tritt im Wechselrecht eine Haftung unmittelbar aus der Indossierung als solcher ein. Der Indossant als solcher haftet jedem späteren Inhaber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig (WO. Art. 14). Es greift daher gegen ihn der „Wechselregreß" mangels Annahme, auf Sicherstellung (bei Unsicherheit des Bezogenen) oder mangels Zahlung Platz, der aber formell gehörige Präsentation und Protestierung voraussetzt (S. 856²), es sei denn, daß der Indossant die Protesterhebung durch die Klausel „ohne Protest" erlassen hat. Die rechtzeitige (III, 607¹⁰) Präsentation ist jedoch auch in diesem Fall erforderlich; der sie bestreitende Wechselverpflichtete, der den Protest erlassen hat, hat aber die Beweislast, daß nicht rechtzeitig präsentiert ist (WO. Art. 42). Bei der Regreßnahme kann der Berechtigte sich Vormänner in beliebiger Reihenfolge herausgreifen (Sprungregreß).

Die Garantiefunktion ist aber auch dem wechselrechtlichen Indossamente nicht wesentlich, kann vielmehr gänzlich ausgeschlossen (WO. Art. 14, Indossament „ohne Obligo") oder auf das Verhältnis zum unmittelbaren Nachmanne beschränkt werden (WO. Art. 15, „nicht an Order", sog. Rektaindossament); vgl. S. 308⁸.

c. Wie S. 307⁸ bereits ausgeführt, ist auch eine Cession der Orderpapierforderung möglich. Sie hat nur die gewöhnlichen Wirkungen der Cession, nicht aber die Bedeutung eines Skripturakts.

d. Über das Blankoindossament insbesondere ist noch folgendes zu bemerken.

Digitized by Google

Nach WO. Art. 39 ist der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen verpflichtet.[8])

5. Aufgebot und Kraftloserklärung.

Aus gleichen Gründen wie die Inhaberpapiere können auch Orderpapiere, wenn sie vernichtet oder abhanden gekommen sind, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (WO. Art. 73, HGB. § 365 Absatz 2).

Die Vorschriften über das Aufgebotsverfahren sind die gleichen, wie bei Inhaberpapieren (CPO. §§ 1003 ff.). Eine Zahlungssperre findet nicht statt. Dagegen kann

---

Ist das letzte Indossament eines Orderpapiers, zB. eines Wechsels, ein Blankoindossament, so erscheint als „äußerlich legitimiert" der bloße Inhaber. Dieser kann daher, statt den Weg der schriftlichen Weiterindossierung zu wählen, das Papier auch durch bloße Übergabe mit voll sikturrechtlicher Wirkung weiter übertragen (sog. „Blankotradition"; vgl. V, 324). Selbstverständlich ist dann ein Wechselregreßanspruch gegen ihn ausgeschlossen, da er gar nicht auf dem Wechsel steht. Er ist ferner kraft des Blankoindossaments auch zur Geltendmachung der Rechte aus dem Papiere befugt. Das mit Blankoindossament versehene Orderpapier gleicht demnach einem Inhaberpapier. Es ist daher diesem vielfach vom Gesetz an die Seite gestellt, vgl. zB. BGB. §§ 234, 1081—1084 (V, 458), 1362, 1381, 1392, 1646, 1814, 2116; ZwVG. § 69, CPO. § 1004. Es ist jedoch kein Inhaberpapier und unterliegt daher im übrigen den Grundsätzen der Order-, nicht der Inhaberpapiere, zB. in Ansehung der Zwangsvollstreckung, der Emissionsbefugnis (S. 886); auch HGB. § 367 (V, 323[27]) ist nicht anwendbar. Auch kann es jederzeit gemäß dem S. 888 Bemerkten wieder in ein Orderpapier umgewandelt werden.

[8]) Bei Teilzahlung kann nach WO. Art. 39 der Schuldner nur verlangen, daß die Zahlung auf dem Wechsel abgeschrieben und ihm Quittung auf einer Abschrift des Wechsels erteilt werde. Entsprechendes wird für die übrigen Orderpapiere zu gelten haben. Doch braucht bei ihnen, anders als nach WO. Art. 38 (S. 31[5]), der Gläubiger Teilzahlungen nicht anzunehmen. Vgl. eine ähnliche Vorschrift für das Hypothekenrecht BGB. § 1145 (V, 562[6]).

Auch hier tritt übrigens, wie bei Inhaberpapieren (S. 876[22]), infolge Erwerbs durch den Verpflichteten keine confusio ein. WO. Art. 10 hebt sogar besonders hervor, daß der Wechsel auch an den Aussteller, Bezogenen, Acceptanten oder einen früheren Indossanten gültig indossiert und von ihnen weiter indossiert werden kann.

Digitized by Google

nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens der Berechtigte, wenn er bis zur Kraftloserklärung Sicherheit bestellt, Leistung nach Maßgabe der Urkunde von dem Schuldner (beim Wechsel vom Acceptanten des gezogenen oder vom Aussteller des eigenen Wechsels, WO. Art. 73, 98) verlangen.*)

Die Wirkung der Kraftloserklärung bestimmt sich auch hier nach CPO. § 1018 Abs. 1, wonach derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber befugt ist, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Zur Weiterbegebung und zur Regreßnahme beim Wechsel kann das Ausschlußurteil nicht verwendet werden; ein Anspruch auf Ausstellung eines Ersatzpapiers ist nicht gegeben (vgl. dagegen S. 880).

e. Unvollkommene Orderpapiere.

Hierher gehören eine Reihe teils reichs-, teils landesgesetzlich geregelter Wertpapiere, denen gemeinsam ist, daß sie durch Indossament übertragen werden können, daß aber das Indossament nicht die volle Wirkung wie bei den eigentlichen Orderpapieren hat.

1. Reichsrechtliche Papiere.

α. Am nächsten den vollkommenen Orderpapieren stehen die Namensaktien und die Interimsscheine. Sie sind geborene Orderpapiere. In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers, insbesondere der Pflicht zur Prüfung der Echtheit der Indossamente, sowie in Betreff der Verpflichtung des Inhabers zur Herausgabe gelten dieselben Vorschriften, wie für die vollkommenen Orderpapiere (oben d.), sodaß insbesondere der gutgläubige Erwerber einer dem äußerlich legitimierten Veräußerer gehörenden Urkunde geschützt wird (HGB. §§ 222 Abs. 2, 3, 223 Abs. 2, 224). Aber — und darin liegt der Unterschied von einem vollkommenen Orderpapiere — zur Ausübung der Aktionärrechte ist nicht der Erwerber der Urkunde als solcher berechtigt. Vielmehr

*) Nach WO. Art. 73 kann er außerdem ohne Sicherheitsleistung die öffentliche Hinterlegung der aus dem Accepte schuldigen Summe verlangen. Dies gilt nicht für die übrigen Orderpapiere.

Digitized by Google

wird über die Inhaber der Namensaktien und Interimsscheine ein Aktienbuch von der Aktiengesellschaft geführt, in das der Erwerber bei Nachweis des Erwerbs einzutragen ist, und im Verhältnisse zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist (HGB. §§ 222 Abs. 1, 223 Abs. 1, 3, 224; oben S. 725).

β. Unvollkommene Orderpapiere in schärferem Sinne sind ferner die Reichsbankanteilscheine. Auch sie sind geborene Orderpapiere. Aber sie sind nur „hinkende" Orderpapiere; sie ähneln den hinkenden Inhaberpapieren (unten S. 901). Denn das Indossament ist hier nur eine vereinfachte Form der Legitimation. Nur in Betreff der Form des Indossaments gelten daher die Art. 11—13 der WO. (S. 888), dagegen nicht hinsichtlich der Wirkungen. Denn die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb vom äußerlich Legitimierten finden keine Anwendung. Auch ist die Reichsbank zwar nicht verpflichtet, aber doch berechtigt, die Legitimation zu prüfen, und demgemäß greift auch der Ausschluß der Einwendungen aus der Person des Vormanns nicht Platz. Außerdem werden Stammbücher der Reichsbank von entsprechender Bedeutung wie das Aktienbuch geführt (Reichsbankg. v. 14. März 1875 nebst Novelle v. 7. Juni 1899 §§ 23, 40; Reichsbankstatut v. 21. Mai 1875 §§ 4 ff.; ERG. 22, 183).

2. Landesrechtliche Fälle.

Landesrechtlich kommen namentlich Kuxscheine an Order vor. Sie bedürfen der Orderklausel, sind also nur gekorene Orderpapiere. Im übrigen gilt Entsprechendes wie für die Reichsbankanteilscheine; die Eintragung erfolgt in das Gewerkenbuch (Allg. Berggeſ. v. 24. Juni 1865 §§ 103 ff.).

Als hinkendes Orderpapier findet sich auch die Lebensversicherungspolice an Order.[10.11])

[10]) Die Zulässigkeit der Kraftloserklärung hinkender Orderpapiere ist durch besondere Bestimmungen festgesetzt (vgl. HGB. § 228 Abs. 1, EGHGB. Art. 25; Reichsbankstatut § 8; Ob die

Digitized by Google

§ 168. Die Rektapapiere und die hinkenden Wertpapiere.

a. Allgemeines.

Neben den Order- und den Inhaberpapieren kommen Wertpapiere vor, bei denen die Verknüpfung des Rechts mit dem Papiere nicht in der vollkommenen Weise durchgeführt ist, wie bei jenen, und die daher meist nicht als „Träger" der in ihnen verbrieften Rechte bezeichnet werden können. Insbesondere fehlt ihnen sämtlich der „skripturrechtliche" Charakter oder der „öffentliche Glaube" (S. 859[6]). Wenn ihnen ferner auch allen gemeinsam ist, daß der Besitz des Papiers zur ungehinderten Verwertung notwendig ist, so hat doch der Besitz nicht die ausschlaggebende Bedeutung in Ansehung der Übertragung und Ausübung des verbrieften Rechts wie bei den Order- und Inhaberpapieren. Sie zeigen vielmehr meist den Charakter unvollkommener Wertpapiere, und es kann zweifelhaft sein, inwieweit sie überhaupt noch im Sinn einzelner gesetzlicher Bestimmungen als „Wertpapiere" zu betrachten sind (vgl. S. 855[1], ERG. 36, 39), wie denn auch in der That die namentlich hierher gehörigen „Legitimationspapiere" (unten c.) vielfach zu den „Wertpapieren" überhaupt in Gegensatz gebracht werden.

---

hinkenden Orderpapiere zu den „Orderpapieren" im Sinne des Gesetzes, zB. der in Anm. 7 angeführten Bestimmungen, zu rechnen sind, ist zweifelhaft. Doch dürfte jedenfalls die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an ihnen in sachenrechtlicher Form (vgl. BGB. §§ 1081 ff., V, 458; 1292, 1294 ff., V, 708) zu erfolgen haben. Wegen der Pfändung vgl. CPO. §§ 808, 821, 822 (I, 568), bei Forderungspapieren §§ 831, 835 ff. (I, 573).

[11]) Ebenso wie man die Orderpapiere wegen der Einschränkung der Einwendungen als Papiere „öffentlichen Glaubens" bezeichnet hat (S. 885), hat man umgekehrt aus dem nämlichen Grunde von der „Orderqualität der Hypothek" gesprochen. Selbstverständlich ist der Hypothekenbrief kein (wenn auch nur hinkendes) Orderpapier. Vgl. hierüber V, 555 und über die Bezeichnung des Grundschuldbriefs als Grundbuchwechsel V, 627.

Über die Hypothek zur Sicherung einer Orderpapierforderung vgl. V, 619.

Digitized by Google

Im Folgenden sind die verschiedenen Hauptarten behandelt.

b. Die Rektapapiere i. e. S.

Ein Rektapapier ist ein Wertpapier, laut welchem die Geltendmachung des verbrieften Rechts der in der Urkunde namentlich genannten Person zustehen soll. Die Übertragung des Rechts erfolgt durch einen materiellen Übertragungsakt.

1. Forderungspapiere.

α. Dazu gehören der Rektawechsel (der Wechsel mit der „negativen Orderklausel", S. 886), die Handelspapiere des HGB. § 363 (S. 887), wenn ihnen die Orderklausel fehlt, die auf den Namen umgeschriebenen Inhaberpapiere (S. 878), die Anweisung des BGB. (S. 846).

β. Für die Rektaforderungspapiere gilt nicht, daß das Recht aus dem Papiere dem Recht am Papiere folgt. Vielmehr erscheint als unmittelbarer Gegenstand der Veräußerung und Belastung nicht das Papier, sondern das verbriefte Recht. Demgemäß erfolgt die Übertragung des Rechts im Wege der Cession. Jedoch ist nach dem Wesen dieser Papiere die Übergabe des Papiers neben der Einigung erforderlich (ERG. 3, 329). Für die Anweisung des BGB., für die außerdem schriftliche Cession nötig ist, ist dies im § 792 ausdrücklich vorgeschrieben (S. 852). Aber für diese Übergabe gelten nicht die Grundsätze vom Erwerb im guten Glauben, weder die besonderen für die Inhaber- (S. 872) oder Orderpapiere (S. 889), noch die allgemeinen des BGB. (§§ 932 ff.), da es sich nicht um einen selbständigen Sacherwerb, sondern um einen Rechtserwerb handelt.

Auch die Wirkung der Abtretung richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Es findet kein „papiermäßiger" Erwerb statt (S. 859), sondern Einwendungen aus der Person der Vormänner greifen in demselben Umfange Platz wie bei jeder Abtretung (S. 334).

Digitized by Google

Entsprechendes wie für die Abtretung gilt für die Belastung des verbrieften Rechts.[1])

Demgemäß muß auch im Bestreitungsfalle der Präsentant seine materielle Ausübungsbefugnis (Cession, Vollmacht, Pfandrecht usw.) nachweisen.

γ. Eine Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens ist zulässig, soweit sie das Gesetz anordnet. Für Verfahren und Wirkung gilt im allgemeinen das Gleiche wie für die Orderpapiere (S. 893).[2])

2. Korporationspapiere.

Hierher gehören die Namensaktien und Interimsscheine, wenn sie „vinkuliert" sind (HGB. §§ 180 Abs. 3, 4, 222 Abs. 3, 223, 224, S. 726, 894). Für die Übertragung und Belastung dieser Rechte, soweit nicht besondere Grundsätze bestehen, gilt entsprechendes wie zu 1. Die Ausübung gegenüber der Gesellschaft ist auch hier von der Eintragung in das Aktienbuch (S. 895) abhängig. Die Kraftloserklärung findet nach HGB. § 228 Abs. 1 statt.

3. Sachenrechtliche Papiere.

Sachenrechtliche unvollkommene Rektapapiere sind die Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe, abgesehen von dem ein Inhaberpapier darstellenden Grundschuldbrief auf den Inhaber. Das Nähere ist im Sachenrechte darzustellen (V, § 63b).[3])

---

[1]) Die Pfändung dagegen erfolgt aus praktischen Gründen auch bei Rektapapieren durch Wegnahme und die Verwertung durch Veräußerung (CPO. §§ 808, 821—823); vgl. I, 567.

[2]) Vgl. WO. Art. 73, HGB. § 365 Abs. 2, CPO. §§ 1003 ff.; EGBGB. Art. 101, AGBGB. Art. 18. Die Anweisung des BGB. dagegen kann nicht für kraftlos erklärt werden.

Nach ALR. I, 16 §§ 125 ff. konnte der Schuldner, wenn das über die Schuld ausgestellte Rektapapier (insbesondere der Darlehnsschuldschein) nicht zurückgegeben werden kann, außer der Quittung auch die Ausstellung eines Mortifikationsscheins verlangen. Das BGB. hat dies nicht übernommen.

[3]) Eine ähnliche Bedeutung wie ein Rektapapier für die Geltendmachung des verbrieften Rechts überhaupt, hat die vollstreckbare Ausfertigung im Sinne der CPO. (§ 724; I, 543) für die

Digitized by Google

c. Die hinkenden Wertpapiere; insbesondere die Legitimationspapiere.

Im Verkehre kommen Urkunden vor, die einerseits Wertpapiere sind, insofern ihr Besitz zur Ausübung des in ihnen verbrieften Rechts erforderlich ist, andererseits ihre Wertpapiernatur nicht gleichmäßig zu Gunsten beider Beteiligter, des Inhabers und des Ausstellers, sondern vorwiegend im Interesse des letzteren entfalten (daher „hinkende" Wertpapiere). Sie verfolgen sämtlich den Zweck, dem Schuldner die „Legitimationsprüfung" zu erleichtern. Er ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, an den lediglich (nach den Grundsätzen der Order- oder Inhaberpapiere) äußerlich legitimierten[4]) Präsentanten zu zahlen. Die Übertragung des Gläubigerrechts erfolgt nicht nach skripturrechtlichen, sondern nach materiellrechtlichen Grundsätzen, und der Aussteller kann von dem Präsentanten einen entsprechenden Rechtsnachweis verlangen; er ist aber befugt, sich durch Zahlung an ihn zu befreien, ohne die Gefahr einer nochmaligen Zahlung auf sich nehmen zu müssen, falls er nicht an den wirklich Empfangsberechtigten gezahlt haben sollte.

Die hinkenden Wertpapiere erscheinen entweder als hinkende Orderpapiere — über diese ist bereits S. 895 gesprochen — oder als Legitimationspapiere, diese wieder als hinkende Rekta- oder als hinkende Inhaberpapiere.[5])

1. Die hinkenden Rektapapiere.

Ein solches liegt vor, wenn (BGB. § 808) „eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der

Zwangsvollstreckung wegen des in ihr verbrieften Anspruchs; vgl. CPO. §§ 757, 755 (I, 549).

[4]) Diese äußerliche Legitimation des Präsentanten muß der Aussteller also prüfen, was allerdings nur bei Orderpapieren von Bedeutung ist. Unter der „Legitimation", deren Prüfung dem Aussteller erlassen ist, ist also hier die materielle Ausübungsbefugnis des Inhabers zu verstehen.

[5]) Es handelt sich regelmäßig um Forderungspapiere; auf sie ist daher in der folgende Darstellung vornehmlich Rücksicht genommen. Der § 808 des BGB. betrifft nur Forderungspapiere.

Digitized by Google

Bestimmung ausgegeben wird, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann". Diese Bestimmung kann in der Urkunde selbst enthalten sein, so bei dem Papiere mit der alternativen Inhaberklausel („an NN. oder Überbringer", vgl. S. 865), muß es aber nicht. Als hinkende Rektapapiere kommen zB. vor: Lebensversicherungspolicen, Depotscheine, Postablieferungsscheine (Reichspostgeſ. v. 28. Oktober 1871 §§ 48, 49), Zeichen der S. 883[38] behandelten Art, vor allem Sparkassenbücher.[6])

Ist ein hinkendes Rektapapier ausgegeben, so wird nach BGB. § 808 Abs. 1 der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit. Aber der Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen; vielmehr kann der Schuldner von ihm den Nachweis seiner materiellen Ausübungsbefugnis (zB. als Bevollmächtigter, Erbe, Pfandgläubiger usw.) fordern.[7])

[6]) Sparkassenbücher sind Urkunden, welche öffentliche Sparkassen, d. h. unter Garantie des Staats oder einer Gemeinde stehende oder von der Gemeinde selbst eingerichtete Anstalten zur verzinslichen Anlage kleiner Ersparnisse mit sofortiger oder befristeter Rückzahlung, über die bei ihnen eingezahlten Guthaben ausfertigen. Über die Einrichtung, Verwaltung, Aufsicht und das Sparkassenbuchwesen trifft für Preußen das Sparkassenreglement v. 12. Dezember 1838 (fortgeltend nach EGBGB. Art. 99) Bestimmung. Danach haben insbesondere die Kassen die Befugnis, ihre Sparkassenbücher als Legitimationspapiere im Sinne des Textes auszufertigen, was regelmäßig geschieht. Vgl. zB. Statut der Berliner Sparkasse § 11: „Obwohl die Sparkassenbücher auf bestimmte Namen ausgestellt sind, ist die Sparkasse dennoch nicht verpflichtet, die Legitimation der Inhaber von Sparkassenbüchern zu prüfen. . . . Der Sparkasse steht indessen in allen Fällen das Recht zu, die Legitimation des Inhabers eines Sparkassenbuches zu prüfen". Zur Sicherung kann „Protest" gegen die Auszahlung eingelegt, ferner nach § 12 eine Eintragung in das Kassenbuch beantragt werden, wonach das Guthaben nur dem Benannten oder seinen legitimierten Erben auszuzahlen ist.

Über Sondervorschriften wegen des Aufgebots von Sparkassenbüchern und deren Außerkurssetzung siehe Anm. 8; über die Zulässigkeit von Zinseszinsen BGB. § 248 Abs. 2 (S. 49[16]); über die „Mündelsicherheit" der Geldanlage bei Sparkassen BGB. § 1807[5], AGBGB. Art. 75.

[7]) Da hier die materielle Befugnis des Präsentanten eine Rolle

Digitized by Google

Der Schuldner braucht ferner nach § 808 Abs. 2 nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten. Das hinkende Rektapapier ist ein „Präsentationspapier" (S. 856[2]). Daher kann die Urkunde (und zwar auch eine bereits vor dem Inkrafttreten des BGB. ausgestellte, EGBGB. Art. 177, vgl. jedoch Art. 178) auch, wenn nicht ein Anderes (wenn auch nicht gerade in der Urkunde selbst, vgl. dagegen § 799) bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (CPO. §§ 1003 ff., 1023).

Im übrigen aber kommt in Betracht, daß das Papier lediglich der für den Schuldner erleichterten Rechtsausübung dienen soll. Das hinkende Rektapapier ist nicht als Träger eines in ihm verkörperten Rechts, wie das Inhaberpapier, gedacht, sondern es stellt, abgesehen von den vorerörterten Eigenschaften, nur ein „Accessorium" des Rechts dar (ERG. 22, 215; 29, 297). Daher folgt das Recht *aus* dem Papiere nicht dem Recht *am* Papiere, sondern das Gläubigerrecht wird nach den Regeln der gewöhnlichen Cession, sowohl nach Form wie nach Wirkung, übertragen. Deshalb vollzieht sich der Rechtsübergang unabhängig von der Übergabe des Papiers, der § 952 des BGB. (V, 348) findet unbeschränkt Anwendung. Demnach ist auch kein Raum für die Anwendung der sachenrechtlichen Grundsätze vom Erwerb im guten Glauben, und der Präsentant unterliegt den Einwendungen aus der Person der Vormänner wie bei jeder Abtretung.

Entsprechendes gilt für die *Belastung* des Rechts.[8])

2. *Die hinkenden Inhaberpapiere.*

Die Legitimationspapiere finden sich nicht bloß in der Form hinkender Rektapapiere, sondern auch in der Form

---

spielt, so wird man im Gegensatze zu den Inhaberpapieren (S. 873[16]) hier annehmen müssen, daß der Schuldner verpflichtet ist, dem seines Wissens unredlichen Inhaber die Leistung zu verweigern.

[8]) Dementsprechend gelten auch für die *Pfändung* die Legitimationspapiere nicht als Wertpapiere im Sinne des § 808 Abs. 2 CPO. Die Zwangsvollstreckung in ein Sparkassenguthaben erfolgt daher in der Form der Forderungspfändung (1, 570), also durch gerichtliche Pfändung und Überweisung, nicht aber durch

Digitized by Google

hinkender Inhaberpapiere. Dahin gehören auf den Inhaber gestellte Papiere, die aber nicht als wirkliche Inhaberpapiere gelten sollen, zB. die Lebensversicherungspolice auf Inhaber (S. 797), ferner aber die Zeichen des täglichen Verkehrs, in denen ein Gläubiger nicht benannt ist, die aber den Umständen nach nicht als wirkliche Inhaberzeichen (S. 883) gelten können, zB. die schon S. 883 genannten Eisenbahngepäckscheine und Garderobemarken, Gutscheine für bestimmte Bezugsberechtigte, zB. Vereinsmitglieder, usw.

Für die Übertragung und Ausübung des Rechts gilt hier völlig das Gleiche wie für hinkende Rektapapiere: der Schuldner ist an den Inhaber zu zahlen berechtigt, aber nicht verpflichtet. Der Inhaber hat auf Verlangen seine materielle Ausübungsbefugnis darzuthun, die nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen, insbesondere durch Cession, gewonnen wird. Die Übergabe des Papiers ist nur zur Ausübung, nicht zur Übertragung des Rechts erforderlich.

Unanwendbar sind jedoch die Vorschriften des § 808

Inbesitznahme des Sparkassenbuchs durch den Gerichtsvollzieher. Erst wenn das Sparkassenguthaben gepfändet und überwiesen ist, kann der Pfändungsgläubiger die Herausgabe des Buchs gemäß CPO. § 836 Abs. 3 (I, 575) betreiben.

Auch in anderen Beziehungen sind Legitimationspapiere keine „Wertpapiere" im Sinne der CPO. (S 855[1]) und sonstiger reichsgesetzlicher Vorschriften, in denen Wertpapiere mit „Waren" zusammengestellt sind, vgl. zB. HGB. §§ 1 Abs. 2 Nr. 1 (Spekulationskauf als Merkmal der Kaufmannseigenschaft), 93 (Begriff der Handelsmäkler), 363 (kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine), 369 (Zurückbehaltungsrecht), 381 (Handelskauf), 383 (Begriff des Kommissionärs), 400 (Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs), 429 (Haftung des Frachtführers). In diesen Fällen versteht das HGB. unter Wertpapieren nur solche Papiere, die nach der Verkehrsauffassung das in ihnen verbriefte Recht verkörpern.

Die Pr. Rechtssprache bezeichnete dagegen hinkende Rektapapiere als „Wertpapiere", so besonders Hinterlegungsordnung v. 14. März 1879 § 1 und Pr. Vorm. Ordn. § 60.

Die Pr. Praxis ließ deswegen bei Sparkassenbüchern auch eine „Außerkurssetzung" (S. 877) von Sparkassenbüchern zu. Nach AGBGB. Art. 75 hat dieser Vermerk seit 1. Januar 1900 die Bedeutung, daß zur Abhebung des Geldes die Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist.

Digitized by Google

Abs. 2 über Kraftloserklärung und Hemmung der Verjährung durch Zahlungssperre.[9])

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen (BGB. §§ 809—811).

§ 169. Die Vorlegung von Sachen.

a. Geschichtliche Entwickelung.

1. Nach rR.[1]) hatte derjenige, der einen (dinglichen oder obligatorischen) Anspruch auf eine Sache hatte, das Recht, mit einer actio ad exhibendum[2]) deren Vorweisung seitens des Inhabers zu verlangen (l. 2 D. 10, 4: exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia). Der Hauptfall (l. 1. D. 10, 4) war die Klage des Eigentümers einer mit einer anderen verbundenen Sache (zB. eines in einen Ring eingefügten Edelsteins, l. 6 D. 10, 4) auf Vorweisung dieser Sache unter Herbeiführung der Trennung. Denn die rei vindicatio kann nach rR. nur auf eine selbständige Sache gehen (l. 23 § 5 D. 6, 1). In diesem Falle diente also die actio ad exhibendum zur Vorbereitung der rei vindicatio. Sie war aber auch zulässig zur Vorbereitung sonstiger dinglicher Ansprüche (l. 3 § 3 D. 10, 4), sowie zur Ermöglichung der Geltendmachung eines Wahlrechts (l. 3 § 6 D. 10, 4) oder der Abholung einer in den Machtbereich eines Anderen gelangten Sache (l. 5 §§ 4, 5 D. 10, 4).

---

[9]) Selbstverständlich finden auch die sonstigen für wirkliche Inhaberpapiere gegebenen Vorschriften auf die hinkenden Inhaberpapiere keine Anwendung; insbesondere bedarf es zu deren Ausgabe keiner Staatsgenehmigung (§ 795, S. 869).

Den Legitimationspapieren ähnelt die Quittung, deren Überbringer als im Zweifel zur Empfangnahme der Leistung ermächtigt gilt (BGB. § 370, S. 263). Doch ist sie zur Ausübung des Rechts an sich überhaupt nicht erforderlich, daher kein Wertpapier.

Einen eigentümlich gemischten Wertpapierinhalt hat der Pfandschein des PrG. v. 17. März 1881; vgl. V, 679[2].

[1]) Digestentitel 10, 4: Ad exhibendum, anschließend an die drei Teilungsklagen (S. 770[1]).

[2]) Die actio ad exhibendum war eine actio arbitraria, vgl. I, 291.

Digitized by Google

In noch weiterem Umfange war der Besitzer einer Urkunde[3]) zu deren Vorlegung (Edition) verpflichtet. Insbesondere mußte der Besitzer einer letztwilligen Verfügung diese jedem vorlegen, der den Kalumnieneid (I, 229) leistete (interdictum de tabulis exhibendis; Digestentitel 43, 5, Codextitel 8, 7). Ferner konnte jede Partei vom Gegner im Prozesse die Vorlegung seiner Geschäftsbücher[4]) verlangen (l. 5, 6 C. 2, 1), der Fiskus sogar die Vorlegung aller für ihn erheblichen Urkunden (l. 2 §§ 1, 2 D. 49, 14).

2. In Fortbildung dieser Grundsätze billigte die herrschende Meinung des Gemeinen Rechts[5]) jedem, der einen Anspruch in Ansehung einer Sache hatte oder sich über das Bestehen eines solchen Anspruchs Gewißheit verschaffen wollte, ein Exhibitions- und Editionsrecht zu. Dagegen ist die weitergehende Vorschrift Justinians (l. 22 C. 4, 21), daß jeder Inhaber einer Urkunde sie jedem Interessenten vorweisen müsse, wenn er hierdurch nicht Schaden erleide, nicht glossiert und daher (I, 160) nicht Gemeines Recht geworden. Die Urkundenedition im Prozesse wurde durch die (alte) CPO., die Vorlegung der Geschäftsbücher durch das (alte) HGB. reichsrechtlich geordnet (S. 907).

b. Grundsätze des Reichsrechts.

1. Vorweisung körperlicher Sachen.

α. Das BGB. spricht nicht jedem Interessenten das Recht zu, die Vorlegung einer Sache von dem Besitzer zu verlangen; denn sonst könnte zB. jeder Fabrikant von seinem Konkurrenten die Offenbarung von Geschäftsgeheim-

[3]) Digestentitel 2, 13, Codextitel 2, 1: De edendo. Besondere Vorschriften galten für die Exhibition eines freien Menschen (interdictum de libero homine exhibendo, D. 43, 29) und der Gewaltunterworfenen (interdictum de uxore exhibenda et ducenda, de liberis exhibendis et ducendis, Digestentitel 43, 30, Codextitel 8, 8); vgl. jetzt BGB. § 1632.

[4]) Die argentarii (S. 271) hatten diese Pflicht sogar jedem Interessenten gegenüber, falls er den Kalumnieneid leistete.

[5]) Das Gleiche wurde für das ALR. angenommen, trotzdem dies ausdrückliche Vorschriften nicht enthielt (abgesehen von I, 12 § 399: Vorlegungsrecht bei Wahllegaten).

Digitized by Google

nissen erzwingen.[6]) Vielmehr ist in § 809 der Anspruch gegen den Besitzer auf Vorlegung zur Besichtigung nur dem zugesprochen, der:

a. gegen den Besitzer einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache einen (dinglichen oder persönlichen) Anspruch in Ansehung der Sache hat (zB. Eigentum, Miteigentum, Nachbarrecht, Wahlrecht) oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht;

---

[6]) Die neuere Gesetzgebung strebt im Gegenteil einen größeren Schutz der Rechtssphäre des Einzelnen gegen unbefugten Eingriff an; vgl. StGB. §§ 299 (Bestrafung der Verletzung des Briefgeheimnisses), 300 (Bestrafung der unbefugten Offenbarung von Privatgeheimnissen, welche Notaren, Rechtsanwälten oder Medizinalpersonen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind), ferner Unfallversicherungsgesetz v. 6. 7. 84 §§ 82 ff. und Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 §§ 185 f. (Bestrafung unbefugter Offenbarung von Betriebsgeheimnissen), vor allem aber § 9 des RG. vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs: „Mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an Andere zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, mitteilt.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntnis er durch eine der im Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt verwertet oder an Andere mitteilt".

Der in den vorstehend erwähnten Gesetzesvorschriften zum Ausdrucke gelangte Schutz der Rechts-, insbesondere der Vermögenssphäre des Einzelnen gegen Offenlegung tritt jedoch dann zurück, wenn das öffentliche Interesse diese Offenlegung erheischt. Hierher gehören zB. die Vorschriften der Preuß. Steuergesetze über die Selbsteinschätzung zur Einkommensteuer und zur Ergänzungssteuer (II, 60[5]), insofern als die Steuerbehörden zur Nachprüfung der von dem Steuerpflichtigen gemachten Angaben in gewissem Umfange befugt sind, ferner KO. § 121 (Briefsperre, I, 666[3]), endlich StPO. § 54 verglichen mit CPO. § 384[3], wonach nur im Civil-, nicht auch im Strafprozesse das Zeugnis über Fragen verweigert werden darf, die der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren.

Digitized by Google

b. nachweist, daß die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist (zB. wenn die Wand zum Nachbar feucht ist und durch die Besichtigung festgestellt werden soll, daß die Feuchtigkeit aus dem Nachbargrundstücke herrührt).

β. Der Exhibitionsanspruch hat für das BGB. nicht mehr die Bedeutung, die er im rR. hatte; denn die beiden Hauptfälle des rR.: die Vorbereitung der rei vindicatio und die Vorweisung der nur zufällig in einen fremden Machtbereich gelangten Sachen, sind für das BGB. bedeutungslos. Der letztgedachte Fall ist in § 867 (Abholungsanspruch, V, 104) besonders geregelt, und der Eigentumsanspruch setzt, wenn im Klageantrage der herauszugebende Gegenstand nur mit hinreichender Bestimmtheit bezeichnet werden kann (CPO. § 253), vorgängige Loslösung aus einer Verbindung nicht mehr voraus.[7])

2. Gestattung der Einsicht von Urkunden.

α. Die Editionspflicht war bisher (abgesehen vom HGB., S. 904) reichsrechtlich nur durch die §§ 387, 394 der alten CPO. für den Fall eines schwebenden Prozesses geregelt. BGB. § 810 bestimmt nun allgemein:[8]) Wer

---

[7]) Besonders geordnet ist die Vorlegungs- und Herausgabepflicht im Strafverfahren, vgl. StPO. §§ 94 ff. (Beschlagnahme).

[8]) Ein besonderes Recht auf Einsichtnahme steht zu:
a. einem Jeden hinsichtlich des Vereinsregisters (§ 79), des Güterrechtsregisters (§ 1563), des Handelsregisters (HGB. § 9) und des Genossenschaftsregisters (Gen.-G. § 156); dagegen ist die Einsicht des Grundbuchs nur dem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt (GBO. § 11; vgl. V, 130);
b. einem Jeden, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, hinsichtlich der Erklärung, in welcher beim Nachlaßgericht eine durch den Tod gelöste Ehe (§ 1342), die Ehelichkeit eines verstorbenen Kindes (§ 1597) oder eine letztwillige Verfügung (§ 2081) angefochten, eine Erbschaft ausgeschlagen (§ 1953), der Eintritt der Nacherbfolge (§ 2146) oder ein Erbschaftskauf (§ 2384) angezeigt wird; ferner hinsichtlich des Nachlaßinventars (§ 2010), sowie eines eröffneten Testaments (§ 2264; nicht aber eines Erbvertrags, § 2300, vgl. auch § 2273 über gemeinschaftliches Testament);

Digitized by Google

ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde:

a. in seinem Interesse errichtet; oder

b. in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist; oder

c. wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind („gemeinschaftliche Urkunde" im Sinne der alten CPO. § 387[8]).

Demgemäß ist CPO. § 422 dahin geändert, daß der Gegner zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet ist, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.

β. Die Vorlegung der Geschäftsbücher kann grundsätzlich ebenfalls nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 810 BGB. oder auf Grund eines zwischen den Parteien bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses (zB. Auftrag oder Gesellschaft) verlangt werden. Dagegen kann nach HGB. §§ 45 ff. das Gericht im Lauf eines nach HGB. zu beurteilenden Rechtsstreits von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen.[9])

3. Verfahren.

α. Die Vorlegung hat auf Gefahr und Kosten des sie Verlangenden grundsätzlich an dem Orte zu erfolgen, an dem sich die vorzulegende Sache befindet. Jeder Teil kann die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 811).

---

c. dem Gesellschafter hinsichtlich der Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft (§ 716, S. 703);

d. dem Gegenvormunde hinsichtlich der sich auf die Vormundschaft beziehenden Papiere (§ 1799).

[9]) Falls die Partei Vollkaufmann ist; denn auf Minderkaufleute finden die Vorschriften des HGB. über die Handelsbücher keine Anwendung (HGB. § 4).

Digitized by Google

β. Verweigert der Besitzende eine Vorlegung, zu der er verpflichtet ist, so unterliegt er den Verzugsfolgen. Wird er auf Vorlegung oder Gestattung der Einsichtnahme verklagt,[10]) so vollzieht sich die Zwangsvollstreckung aus einem den Beklagten verurteilenden Erkenntnisse gemäß den Vorschriften der §§ 887 ff. CPO. (Erwirkung von Handlungen, I, 598).

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung (BGB. §§ 812—822).

§ 170. Ungerechtfertigte Bereicherung. Allgemeines.

a. Begriff.

Ungerechtfertigt bereichert ist, wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat (§ 812).

1. Der Übergang eines Vermögensstücks aus dem Herrschaftsbereiche des Einen in den eines Anderen vollzieht sich:

α. entweder durch Leistung des ersteren (zB. Auflassung bei Grundstücken, Übergabe bei beweglichen Sachen, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung bei jura in re aliena, Abtretung, Erlaß, Schuldversprechen bei Forderungen); oder

β. in sonstiger Weise (zB. Wegnahme einer Sache, Zulaufen eines Tiers, Ersitzung, Verjährung, Ausschluß).

2. Für alle diese Fälle gilt nun der Grundsatz, daß die Rechtsordnung eine Rechtsverschiebung nur dann aufrechterhalten und schützen darf, wenn sie sich auf einen rechtlichen Grund (justa causa), d. h. einen den Rechtsübergang rechtfertigenden Umstand, stützt. Ist dies nicht der Fall, entbehrt die Verschiebung eines Rechtsgrunds, so muß die Rechtsordnung die Mittel und Wege bieten,

[10]) Häufig wird Anlaß zum Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung (I, 610) vorliegen. In Rom fand ein ähnliches „summatim cognoscere" statt.

Digitized by Google

diesen dem Rechte widerstreitenden Zustand zu beseitigen. („Unrecht Gut gedeihet nicht"; jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem, l. 206 D. 50, 17). Dies ist auf zwei Wegen möglich:

α. Der einfachste Weg besteht in der unmittelbaren Wiederherstellung des grundlos verschobenen Vermögensstands. Wird mir eine Sache weggenommen, so fordere ich sie mit der Eigentumsklage zurück, giebt der Verwahrer die ihm anvertraute Sache nicht zurück, so klage ich auf Rückgabe.

β. Aber dieser Weg ist doch nur in den Fällen denkbar, in denen eine Vermögensverschiebung nur dem äußeren Anscheine nach und thatsächlich, aber nicht rechtlich eingetreten ist. In sehr zahlreichen Fällen jedoch tritt infolge einer selbst ohne rechtlichen Grund bewirkten Machtverschiebung eine wirkliche Rechtsänderung ein. Veräußert der Dieb das gestohlene Inhaberpapier oder der Verwahrer die ihm anvertraute Sache an einen gutgläubigen Dritten, so wird dieser (nach BGB., V, 318) Eigentümer, und der bisherige Eigentümer hat sein Recht endgültig verloren. Erfolgt ferner — und hierauf beruhen die zahlreichsten Anwendungsfälle des hier besprochenen Rechtsgebiets — eine dingliche Vermögensverschiebung im Wege eines abstrakten Rechtsgeschäfts, so tritt sie, wie III, 401 und oben S. 179 und S. 843 ausgeführt, ein, ohne Rücksicht darauf, ob dem Rechtsakt eine justa causa zu Grunde liegt oder nicht.

Die Rechtsordnung muß nun auch für die letztgedachten Fälle einer bereits wirklich eingetretenen Rechtsverschiebung ohne Rechtsgrund Vorsorge treffen, um die dadurch herbeigeführte, dem Rechte widerstreitende Schädigung von dem Betroffenen möglichst abzuwenden. Besteht zwischen dem Beschädigten und dem Anderen ein Rechtsverhältnis, in dessen Verfolg die Rechtsveränderung eingetreten ist, so wird der Ausgleich schon auf Grund der Vorschriften über dieses Rechtsverhältnis möglich sein (der Verwahrer haftet zB. bei Weiterveräußerung der Sache mit der actio depositi

Digitized by Google

auf Schadensersatz). In zahlreichen Fällen mangelt es aber an einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Geschädigten und dem Bereicherten, und für diese Fälle, also wenn die rechtlose Vermögensverschiebung in anderer Weise nicht ausgeglichen werden kann, m. a. W. subsidiär, treten die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ein, die sich in den Leitsatz zusammenfassen lassen: wer rechtlos bereichert ist, ist dem Geschädigten zur Herausgabe des grundlos Erlangten verpflichtet (§ 812).

3. Nach rR. dienten zum Ausgleich einer rechtlosen Bereicherung die Kondiktionen[1]), die teils allgemein (condictio sine causa), teils beim Vorliegen gewisser besonderer Voraussetzungen gegeben wurden. Bei den letzteren wurde unterschieden, ob die Leistung, deren Rückgewähr beansprucht wurde, bewirkt worden war zur Herbeiführung eines zukünftigen Erfolgs (condictio ob causam futuram: so die cond. causa data causa non secuta und die cond. ob turpem causam) oder aus einem in der Vergangenheit liegenden Anlasse (condictio ob causam praeteritam: so die condictio indebiti und die condictio ob injustam causam). Dem gleichen Zwecke, wie die Kondiktionen, diente die actio de in rem verso (III, 550).

Das BGB. hat ebenso neben Vorschriften für den Bereicherungsanspruch im allgemeinen (§ 812, unten b.) solche für besondere Fälle (§§ 813—817, unten c.) gegeben.

b. Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs.[2])

---

[1]) Condictio (I, 286[5]) bedeutete ursprünglich actio stricti juris. Sie konnte deshalb anfänglich nur auf eine genau bestimmte Leistung gehen (condictio certi, d. h. certae pecuniae, und condictio triticaria), erst später auch auf ein incertum (condictio incerti). Später übertrug man den Ausdruck auf die Fälle, in denen Vermögensstücke außerhalb eines Kontrakts und ohne Rechtsgrund übergingen. Die Kondiktionen wurden daher gemeinrechtlich unter den obligationes quasi ex contractu (S. 8[2]) behandelt.

[2]) Vgl. Digestentitel 12, 7: De condictione sine causa; Codextitel 4, 9: De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa.

Digitized by Google

§ 812 bestimmt: „Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet". Allgemeine Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs sind hiernach:

1. Rechtsverschiebung. Der Anspruchsgegner muß ein Recht[8]) bereits erlangt haben, sonst stehen dem Geschädigten dingliche und daher wirksamere Rechtsbehelfe zur Seite (S. 909). Die Rechtsverschiebung kann, wie schon S. 908 erörtert, durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise bewirkt sein. Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses (§ 812 Abs. 2). Dies beruht auf der Anschauung, daß das abstrakte Schuldversprechen ein selbständiges Vermögensgut darstellt (S. 843).

2. Erlangung eines Rechtsvorteils auf Kosten eines Anderen. Nicht erforderlich ist somit, daß ein unmittelbarer Rechtsübergang stattgefunden hat. A. hat auch dann einen Bereicherungsanspruch gegen B., wenn er ihm auf einen geplanten, aber nicht zustande gekommenen Kaufabschluß hin eine Anweisung auf C. gab, die dieser honorierte. Über die versio in rem des bisherigen Rechts vgl. S. 918[12].

Das ALR. warf die condictio sine causa mit der versio in rem zusammen (S. 919[12]) und behandelte sie in I, 13 §§ 262 ff., während die besonders gestalteten Kondiktionen bei der Lehre von der Zahlung in I, 16 §§ 166 ff. geordnet waren.

[8]) Wie schon nach Gem.R. gehört hierzu auch der Besitz; BGB. § 812 sagt: „Wer etwas erlangt". Über die condictio possessionis vgl. V, 97[24].

Die Kondiktionen des rR. waren naturgemäß ebenfalls nur für Fälle gegeben, in denen der Kläger sich keines dinglichen Anspruchs, insbesondere nicht der rei vindicatio, bedienen konnte. Nur im Falle des Diebstahls konnte der Eigentümer die gestohlene Sache vom Dieb auch mit einer condictio furtiva herausverlangen („odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur"; Gajus 4, 4), die auf vollen Schadensersatz ging, während er mit der rei vindicatio nur die Sache selbst beanspruchen konnte.

Digitized by Google

3. Rechtlose Bereicherung.[4]) Gleichgültig ist, ob der Rechtsübergang von vornherein sich ohne Rechtsgrund vollzog (A. übersendet B. 1000 Mk. zur Verwahrung, was B. ablehnt, ohne aber das Geld zurückzusenden; vgl. für das rR. den Fall der condictio Juventiana, III, 430[12]) oder ob der vorhanden gewesene rechtliche Grund später fortgefallen ist (sog. condictio causa finita; zB. A. hat dem B. zur eventuellen Sicherung seiner Ansprüche aus der laufenden Geschäftsverbindung einen „Depotwechsel" übergeben, den B. nach Lösung der Verbindung nicht zurückgiebt).

c. Besondere Fälle.

1. Condictio indebiti.

Zahlt A. an B. 1000 Mk. oder übergiebt er ihm ein Pferd oder tritt er eine Forderung an ihn ab, in der Meinung, hierzu auf Grund eines zwischen ihnen bestehenden Darlehns-, Kauf- oder Abtretungsvertrags verpflichtet zu sein, so geht das Eigentum an dem übertragenen Gegenstande wegen der abstrakten Natur des Übertragungsakts auf den Erwerber über. Stellt sich nun heraus, daß das von den Parteien vorausgesetzte Schuldverhältnis nicht besteht, so ist der Eigentumsübergang „sine causa" erfolgt, B. ist „ungerechtfertigt bereichert" und muß das Empfangene zurückgeben. Dies ist der Thatbestand der „condictio indebiti" (D. 12, 6; C. 4, 5) des rR. und der „Rückforderung einer aus Irrtum geleisteten Zahlung" des ALR. (I, 16 §§ 166 ff.).

Nach BGB. folgt die Verpflichtung zur Herausgabe des zum Zwecke der Erfüllung einer Nichtschuld Geleisteten schon aus dem allgemeinen Grundsatze des § 812 (S. 911). Das BGB. giebt aber wegen der Wichtigkeit des Falls in den §§ 813, 814 noch einzelne Sonderregeln:

---

[4]) Die bloße Thatsache, daß jemand auf Kosten eines Anderen bereichert ist, genügt also nicht; dies tritt auch bei jeder unentgeltlichen Zuwendung ein; vgl. l. 1 § 3 D. 12, 7: **Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam.**

Digitized by Google

α. Die Zurückforderung ist auch zulässig, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd[5]) ausgeschlossen wurde (peremtorische Einrede, I, 298, zB. Anfechtbarkeit). Jedoch kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist (§ 813 Satz 2; vgl. III, 655[3]).

β. Wird eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt, so ist die Rückforderung ausgeschlossen; die Erstattung von Zwischenzinsen kann nicht verlangt werden (§ 813 Abs. 2).[6])

γ. Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat,[7]) daß er zur Leistung nicht ver-

[5]) Ebenso schon l. 26 § 3 D. 12, 6. Als einen die condictio indebiti begründenden Umstand betrachtete das rR. die Nichtgeltendmachung einer zulässigen Aufrechnung (l. 10 § 1 D. 16, 2: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto). Nach BGB. (S. 283) erfolgt die Aufrechnung erst durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Hat A. gegen B. eine Kaufforderung von 1000 Mk. und eine Darlehnsschuld gleicher Höhe, und zahlt er die Kaufforderung, so kann er nicht kondizieren, wenn nicht vor der Zahlung von einer Seite die Aufrechnungserklärung abgegeben worden war.

[6]) Ebenso schon ALR. I, 16 § 168 (vgl. aber § 171) und l. 10 D. 12, 6: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. Anders natürlich, wenn auf eine suspensiv bedingte Schuld vor Entscheidung der Bedingung geleistet wird (l. 16 pr. D. 12, 6).

[7]) Voraussetzung der condictio indebiti war nach rR. außer der Leistung auf eine nicht vorhandene Schuld, daß die Leistung in entschuldbarem Irrtum erfolgte (l. 25 pr. D. 22, 3). Wer also aus Rechtsirrtum eine Schuld als bestehend annahm, hatte — wenigstens nach der herrschenden Meinung — nach Gem. R. kein Rückforderungsrecht. Dagegen kommt es (wie schon nach ALR. I, 16 § 178) nach BGB. auf die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht an. Nur wer seine Nichtverpflichtung kennt, hat nach § 814 kein Rückforderungsrecht; dem Wissen ist das Wissenmüssen nicht gleich gestellt.

Leistet jemand auf eine mit einer peremtorischen Einrede behaftete Schuld, so ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn er die Einrede bei der Zahlung gekannt hat.

Digitized by Google

pflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (§ 814).[8])

δ. Was die Beweislast angeht, so muß der die Rückzahlung beanspruchende Kläger nachweisen, daß er eine Leistung auf eine nicht rechtsbeständige Verbindlichkeit bewirkt hat. Dann muß Beklagter einredeweise die Kenntnis des Klägers im Augenblicke der Zahlung oder das Vorliegen

---

Bloße Zweifel an der Rechtsbeständigkeit der bezahlten Schuld schließen die Rückforderung nicht aus. Will der Schuldner der späteren Behauptung des Empfängers (Beklagten im Bereicherungsprozesse): Kläger habe in Kenntnis des Nichtbestehens einer Leistungspflicht geleistet, vorbeugen, so kann er die Leistung unter Vorbehalt (nämlich der Rückforderung) bewirken. Eine andere Frage ist, ob der Gläubiger eine ihm „unter Vorbehalt" angebotene Leistung zur Vermeidung des Verzugs anzunehmen verpflichtet ist? Stölzel (Schulung f. d. civil. Praxis, II, 97 ff.) bejaht dies; ihm wird entgegengehalten, daß der Gläubiger eine Leistung nicht als Erfüllung anzunehmen brauche, die ohne Anerkennung der Verpflichtung erfolge, also unter der Resolutivbedingung des Nichtbestehens einer Schuld.

Zuweilen ist kraft Gesetzes die Rückforderung einer freiwillig geleisteten Zahlung nur bei Zahlung unter Vorbehalt zugelassen; vgl. zB. PrG. betr. die Erweiterung des Rechtswegs vom 24. Mai 1861 § 12 (Klage auf Rückzahlung von Wertstempelbeträgen) und Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894 § 33: „In Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung der in diesem Gesetze festgestellten Abgaben ist der Rechtsweg zulässig. Die Klage ist bei Verlust des Klagerechts binnen sechs Monaten nach erfolgter Beitreibung oder mit Vorbehalt geleisteter Zahlung zu erheben".

[8]) Diese Verpflichtungen sind, wie S. 169 ff. ausgeführt, ähnlich den „natürlichen Verbindlichkeiten" des bisherigen Rechts zahlbar, wenn auch nicht klagbar. Dahin gehört zB. die Zahlung der durch Zwangsvergleich erlassenen Forderungsteile (I, 677[9], vgl. aber ERG. 35, 216), nicht aber eine Zahlung auf eine der Form entbehrende, daher nichtige Schuld.

Nach rR. war die condictio indebiti in den Fällen ausgeschlossen, in denen „lis infitiando crescit in duplum" (Judikatsforderung, Damnationslegat, I, 228), weil hier die Zahlung nicht aus Irrtum, sondern zur Vermeidung der etwaigen Doppelzahlung geschah (§ 7 J. 3, 27). Dies ist nicht in das Gemeine Recht übergegangen, ebensowenig der vielleicht ähnlichen Gründen entsprungene Satz: poenae non solent repeti, cum dependae sunt (l. 42 D. 12, 6).

Digitized by Google

eines Verhältnisses der in § 814 a. E. erwähnten Art darthun.[9])

ε. Erfüllt jemand eine fremde Verbindlichkeit, so muß man unterscheiden:

a. Hat er eine fremde Schuld in der Meinung erfüllt, es wäre die seine, er wäre also dem Gläubiger zur Leistung verpflichtet, so kann er das Geleistete zurückfordern (l. 65 § 9 D. 12, 6).

b. Hat er dagegen eine fremde Schuld als fremde und in der irrigen Meinung, er sei dem Schuldner gegenüber dazu verpflichtet, bezahlt, so kann er nicht gegen den bezahlten Gläubiger (qui suum recepit, l. 44 D. 12, 6), sondern nur gegen den befreiten Schuldner (mit condictio sine causa oder actio negotiorum gestorum contraria) klagen.

2. Condictio causā datā causā non secutā[10]) (D. 12, 4) oder ob causam datorum (C. 4, 6) oder ob rem.

Jede Leistung erfolgt zu einem Zwecke (S. 178 und III, 396). Wird eine Leistung bewirkt, um einen zukünftigen Erfolg herbeizuführen (ob causam futuram), so liegt rechtlose Bereicherung des Empfängers vor, falls der bezweckte

---

[9]) Nach l. 25 pr. § 1 D. 22, 3 mußte der den Empfang der Leistung leugnende Beklagte, wenn er dessen überführt wurde, nunmehr den Beweis des Bestehens der erfüllten Schuld übernehmen. Gegenüber Minderjährigen, Frauen und geschäftsunkundigen Personen (**miles vel agri cultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidia deditus**) mußte der Beklagte auch ohnedies den Beweis übernehmen, daß die von ihm empfangene Leistung ihm zustand.

[10]) Das bedeutet sprachlich: eine Rückforderung, weil der Zweck nicht nachfolgte (**causā non secutā** ist also **ablativus absolutus**) dem um eines Zwecks willen Gegebenen (**causā datā**; **causa** ist Ablativ, abhängig von **data**; dieses ist **accusativus pluralis** von **datum**).

Ihre Hauptanwendung fand diese condictio bei den Innominatkontrakten (S. 194) und beim modus. Über den Unterschied zwischen der Leistung unter einem modus und unter einer Bedingung vgl. S. 455, über die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung III, 400[9].

Digitized by Google

Erfolg nicht eintritt (A. händigt dem Bräutigam seiner Tochter die Mitgift ein, die Partie geht auseinander; A. giebt dem Mäkler B. Vorschuß auf eine von ihm zu verdienende Provision, das zu vermittelnde Geschäft zerschlägt sich; A. zahlt im voraus Miete für eine Wohnung, das Haus brennt ab). In diesem Falle folgt die Verpflichtung zur Rückzahlung schon aus § 812, das den Nichteintritt des „mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges" in Satz 2 besonders erwähnt. Das BGB. giebt jedoch in § 815 eine Sonderbestimmung: die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolgs ist ausgeschlossen (beweispflichtig der auf Rückleistung belangte Empfänger):

α. wenn der Eintritt des Erfolgs von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat; dann muß die Leistung als geschenkt gelten; oder

β. wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hat; dann gilt der Erfolg, ähnlich wie bei der Bedingung (§ 162, III, 528), als eingetreten.

3. Condictio ob turpem und ob injustam causam (D. 12, 5; C. 4, 7).

Nach rR. konnte das aus einem in der Vergangenheit liegenden unsittlichen oder verbotenen Grunde (Zwang, Betrug, Wucher) Gegebene mit der condictio ob injustam causam und das zu einem zukünftigen unsittlichen Zwecke (Bestechung, Dingen eines Meuchelmörders) Gegebene mit einer condictio ob turpem causam zurückgefordert werden.

Beide Fälle behandelt § 817 einheitlich: War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet (u. zw. an den Geber, nicht, wie nach ALR. I, 16 §§ 205, 206, 209, vgl. III, 482[1], an den Fiskus). Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt (wie bei der Bestechung, entsprechend der gemeinr. Regel: in pari turpitudine melior est causa

Digitized by Google

possidentis, vgl. l. 3 D. 12, 5), es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; in letzterem Falle kann also zB. das abstrakte Schuldversprechen oder ein Wechsel zurückgefordert werden, wenn es nicht schon durch wirkliche Leistung erfüllt ist.

4. Verfügung durch einen Nichtberechtigten.

Zu den vorstehenden, bereits dem rR. angehörenden Kondiktionsfällen ist in § 816 ein weiterer getreten, der in dem erhöhten Schutze des gutgläubigen Erwerbs im modernen Rechte seine Erklärung findet.

α. Im rR. war der Grundsatz: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet (III, 98) und die damit zusammenhängende Schrankenlosigkeit des Eigentumsanspruchs (ubi rem meam invenio, ibi eam vindico, V, 368) starr durchgeführt. Das moderne Recht spricht dagegen in zahlreichen Fällen der Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand Wirksamkeit dem Berechtigten gegenüber zu (der Verwahrer überträgt dem gutgläubigen Käufer Eigentum; der gutgläubige Erwerb von einem fälschlich in das Grundbuch Eingetragenen oder einem durch einen unrichtigen Erbschein Legitimierten ist unanfechtbar; bei der Versteigerung überträgt der Zuschlag das Eigentum auch an solchen Gegenständen, die dem Vollstreckungsschuldner nicht gehören). In allen diesen Fällen verliert der bisherige Berechtigte im Interesse der Sicherheit des Verkehrs sein Recht. Um ihn, soweit möglich, zu entschädigen, bestimmt § 816 Abs. 1:

a. Hat der Nichtberechtigte, der die Verfügung getroffen hat, dadurch einen Vorteil erlangt, so muß er diesen dem bisherigen Berechtigten herausgeben.[11])

[11]) Sehr häufig ist in der Praxis folgender Fall: A. hat einen Vollstreckungstitel gegen B. Der Gerichtsvollzieher pfändet bei B. Sachen, die dieser von C. geliehen oder zur Verwahrung oder zum kommissionsweisen Vertrieb oder auf Abzahlung (S. 234[5]) erhalten hat. C. kann nun allerdings intervenieren und gleichzeitig den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung stellen (I, 552). Teilt B. dem C. die Pfändung aber zB. gar nicht mit, so werden C.s Sachen versteigert, und der Erlös wird an A. abgeführt. A. muß

Digitized by Google

b. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt (vgl. § 822, unten S. 922).

β. Nach dem BGB. ist auch der umgekehrte Fall möglich, nämlich, daß eine an einen Nichtberechtigten bewirkte Leistung dem Berechtigten gegenüber wirksam wird. Insbesondere wird der Schuldner unter gewissen Voraussetzungen (S. 332) auch durch eine an den Cedenten nach der Cession bewirkte Leistung dem Cessionar gegenüber befreit. In diesen Fällen ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet (§ 816 Abs. 2).[12])

---

aber den Erlös auf Grund des § 816 an C. herausgeben. In der That ist A. durch den aus C.s Vermögen erlangten Erlös rechtlos bereichert; denn er hatte seine Befriedigung nur aus B.s Vermögen zu suchen (ebenso ERG. 40, 288).

Hat A. schuldhaft gehandelt, wußte er z.B., daß die zur Versteigerung gestellten Sachen nicht dem B. gehören, so haftet er gemäß § 823 (S. 931) nicht bloß auf den Erlös, sondern auf Schadensersatz, d. h. auf den den Versteigerungserlös regelmäßig weit übersteigenden Wert der Sachen.

[12]) Nützliche Verwendung (versio in rem).

Das bisherige Recht erkannte neben den Kondiktionen als eine ebenfalls auf Ausgleichung einer rechtlosen Bereicherung des Einen auf Kosten des Anderen gerichtete Klage die actio de in rem verso an: vgl. Digestentitel 15, 3: De in rem verso und ALR. I, 13 Abschnitt 3: Von nützlichen Verwendungen.

a. Im rR. war die actio de in rem verso eine actio adjecticiae qualitatis, nämlich die Klage gegen den Gewalthaber, der durch ein Geschäft des Gewaltunterworfenen mit dem Kläger bereichert war, auf Herausgabe der Bereicherung (III, 550). Diese Klage hatte schon im Gemeinen Recht infolge der Änderung der Stellung des Hauskinds zum Hausvater und des Fortfalls des Pekulienrechts (III, 552[9]) jede Bedeutung verloren. Dagegen wurde in Nachbildung der actio de in rem verso (directa) und unter Berufung auf l. 7 § 1 C. 4, 26 eine Klage (also eine actio de in rem verso utilis nach römischer Sprechweise, I, 288) in allen Fällen gewährt, in denen durch eine im Interesse eines Anderen handelnde Mittelsperson (nicht wie bei der actio negotiorum gestorum contraria unmittelbar) etwas aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen überführt worden war. Das ALR. (I, 13 Abschnitt 3: Von nützlichen Verwendungen) ging noch weiter und ließ das Er-

Digitized by Google

fordernis der Verwendung durch eine Mittelsperson fallen, indem es in I, 13 § 262 jeden, „aus dessen Vermögen etwas — ohne Rechtsgrund — in den Nutzen eines Anderen verwendet worden", zur Rückforderung für berechtigt erklärte. Die nützliche Verwendung des ALR. umfaßte daher in Wahrheit die **versio in rem** und die **condictio sine causa** des Gemeinen Rechts. Denn wie die Entstehungsgeschichte zeigt, sollte § 262 I, 13 nicht nur die Fälle der „Verwendung", d. h. der Überführung eines Vermögensstücks durch einen Rechtsakt, sondern auch die Fälle eines bloßen rechtlichen Habens (zB. infolge zufälligen Hineingelangens in einen fremden Machtbereich) regeln. In der That werden zwar die besonderen Kondiktionen des rR. (c. indebiti, ob causam datorum, ob injustam und turpem causam) im ALR. behandelt (I, 16 §§ 166 ff.), nicht aber die allgemeine **condictio sine causa** (S. 910).

b. Über die Voraussetzungen, unter denen die Versionsklage zuzulassen sei, herrschte nun nach bisherigem Rechte lebhafter Streit, insbesondere für die Fälle des Vermögensübergangs durch Vermittelung eines Dritten. Nach der herrschenden, auch vom Reichsgericht (ERG. 21, 236; 40, 260) gebilligten Meinung war eine Versionsklage nur dann zuzulassen, wenn zwischen dem Geschäfte, das der Geschädigte (der „Vertent") mit der Mittelsperson abschloß, und der an den „Versionsbeklagten" gelangten Bereicherung ein Kausalzusammenhang bestand. Dieser wurde insbesondere angenommen in Fällen, in denen die Mittelsperson im Auftrage des Bereicherten oder in auftragloser Geschäftsführung für ihn (als mittelbarer Vertreter) gehandelt hatte, dagegen verneint, wenn das dem Vertenten entzogene Vermögensstück zunächst in das Vermögen der Mittelsperson übergegangen war und von dieser auf Grund eines *neuen* Rechtsgeschäfts in das Vermögen des Versionsbeklagten übertragen wurde. Hatte zB. der das Landgut seiner Ehefrau verwaltende A. in eigenem Namen von B. Dünger gekauft und diesen sofort in das Landgut seiner Frau verwendet, so war die Versionsklage des B. gegen Frau A. begründet (ERG. 1, 143, 159). Hatte dagegen A. an B. ein Pferd zum angemessenen Preise von 1000 Mk. auf Kredit verkauft und B. das Pferd sofort an C. für 200 Mk. weiterverkauft, so konnte nicht etwa A., falls er gegen B. fruchtlos vollstreckt hatte, gegen C. 800 Mk. mit der Begründung einklagen, dieser Betrag sei aus seinem in C.s Vermögen „nützlich verwendet".

c. Das BGB. hat die Klage aus nützlicher Verwendung überhaupt nicht aufgenommen.

1. Schließt jemand als auftragloser Geschäftsführer *im Namen eines Dritten* einen Vertrag und genehmigt dieser die Geschäftsführung, so haftet er für das auf Grund des Geschäfts in sein Vermögen Gelangte auf Grund des genehmigten Vertrags (S. 679), ebenso wenn er den Handelnden beauftragt hatte. Verweigert er die Genehmigung, so ist er ungerechtfertigt bereichert (S. 679) und muß das Erhaltene aus diesen Grunde zurückgeben.

Digitized by Google

§ 171. Der Bereicherungsanspruch.

a. Umfang.[1])

1. Der Herausgabeanspruch erstreckt sich auf die Bereicherung. Der Beklagte muß also zunächst, soweit dies möglich, das Erlangte selbst zurückgeben (wozu nach Lage des Falls Rückauflassung, Rückgabe oder Rückcession erforderlich sein kann), und zwar erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe nicht nur auf die gezogenen Nutzungen, sondern auch auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt (§ 818 Abs. 1).[2]) Ist die Heraus-

---

2. Schließt jemand im eigenen Namen mit einem Anderen einen Vertrag ab, so kann dieser sich, was er wissen muß, nur an seinen Vertragsgegner halten, nicht aber an den Dritten, in dessen Interesse etwa gehandelt worden ist. Ist zB. B. regelmäßig für den Großhändler C. als Aufkäufer von Vieh thätig, und kauft er in eigenem Namen von A. Vieh, so kann A. sich im Falle der Vermögenslosigkeit des B. nicht an C. halten, mit der Begründung, daß das an B. gelieferte Vieh thatsächlich für C. bestimmt und in dessen Vermögen gelangt sei; sondern A. kann nur auf Grund eines gegen B. erlangten Vollstreckungstitels dessen etwaigen Ausgleichungsanspruch gegen C. pfänden und sich überweisen lassen.

Dies gilt auch, wenn der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zuwendet; über § 822 vgl. unten S. 922.

[1]) Das BGB. bestimmt in zahlreichen Fällen, in denen eine Leistung zurückzuerstatten ist, daß „das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden kann"; vgl. zB. §§ 323 Abs. 3, 327 (gegenseitiger Vertrag. S. 215), 516 Abs. 2 (abgelehnte Schenkung, S. 446), 527 (Nichtvollziehung der einer Schenkung beigefügten Auflage, S. 456), 528, 531 (Rückforderung der Schenkung wegen Bedürftigkeit oder Undanks, S. 452, 454), 852 (Herausgabe des aus einer unerlaubten Handlung Erlangten nach Eintritt der dreijährigen Verjährung), 951 (Ausgleichung des Rechtsverlusts im Fall einer Verbindung), 1301 (Rückgabe der Geschenke nach Auflösung der Verlobung). Vgl. CPO. § 541 (Aufhebung eines unter Vorbehalt der Verteidigungsmittel ergangenen Berufungsurteils).

[2]) ZB. A. bietet dem B. ein Lotterielos an; B. lehnt die Lofofferte ab, behält aber das Los und erhebt den darauf entfallenden Gewinn; dann muß er diesen natürlich an A. herauszahlen. Anders aber, wenn zwischen der Zuwendung und dem damit gemachten

Digitized by Google

gabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außer stande, so hat er den Wert zu ersetzen (§ 818 Abs. 2).

2. Die Bereicherung muß grundsätzlich noch im Augenblicke des Rechtshängigwerdens des Herausgabeanspruchs vorhanden sein. Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Werts ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger (was er beweisen muß) *nicht mehr bereichert* ist (§ 818 Abs. 3). Gleichgültig ist es, aus welchen Gründen der Empfänger der Bereicherung wieder verlustig gegangen ist.[3])

Eine Verschärfung der Haftung tritt aber ein mit dem *Eintritte der Rechtshängigkeit*. Von nun an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4), d. h. er hat eine Geldschuld zu verzinsen (§ 291) und haftet wegen Verschlechterung und Untergang nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an gelten (§ 292, vgl. §§ 989 ff., V, 379).

Die gleiche Haftung wie nach Rechtshängigkeit tritt aber bereits vom Empfang an ein (weil der Empfänger auf die Rückgabe gefaßt sein mußte):

α. wenn der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bereits beim Empfange *kennt* (§ 819 Abs. 1);

Erwerbe der ursächliche Zusammenhang fehlt, besonders wenn der Erwerb auf einem neuen Rechtsgeschäfte des Empfängers beruht; z. B. A. schickt seinem Freunde B. 20 Mk. zur Besorgung eines Regenschirms, B. lehnt den Auftrag ab, setzt das übersandte Zwanzigmarkstück beim Totalisator und gewinnt 600 Mk. Dann kann B. den Gewinn nicht kondizieren, sondern nur die 20 Mk.

[3]) Z. B. A. erhebt von seinem Lotterieeinnehmer einen nach der amtlichen Gewinnliste auf das von ihm gespielte Los Nr. 2485 gefallenen Gewinn von 1000 Mk. und macht für das Geld sofort eine Orientreise, die er sonst nicht unternommen hätte. Bei seiner Rückkehr findet er eine Aufforderung des Einnehmers zur Rückzahlung vor, da die Gewinnliste einen Druckfehler enthalten habe und der Gewinn thatsächlich auf Nr. 2486 gefallen sei. Er braucht das Ausgegebene nicht zurückzuerstatten.

Digitized by Google

β. wenn der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot (Bestechung) oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 819 Abs. 2);

γ. wenn mit der Leistung ein Erfolg bezweckt wird, dessen Eintritt als ungewiß angesehen wurde (§ 820).

3. Wer ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, zB. ein Schuldversprechen abgiebt, hat den Bereicherungsanspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit. Ist dieser Anspruch verjährt, so könnte er nach BGB. (III, 658) auch nicht mehr einredeweise (d. h. gegen die Klage aus dem Schuldversprechen) geltend gemacht werden. § 821 bestimmt jedoch das Gegenteil.

b. Wirksamkeit.

Die Kondiktionen bezwecken den Ausgleich einer zwischen bestimmten Personen ohne rechtlichen Grund erfolgten Vermögensverschiebung. Der Bereicherungsanspruch ist daher grundsätzlich nur gegen den ersten Empfänger gegeben, nicht gegen den, in dessen Vermögen die Bereicherung etwa später auf Grund eines neuen Rechtsvorgangs übergegangen ist (vgl. bzgl. der ehemaligen versio in rem oben S. 918[12]). Von diesem Grundsatze der rein persönlichen Wirkung des Bereicherungsanspruchs macht das BGB. — dem der Billigkeit entspringenden Satze: melius est favere repetitioni quam adventicio lucro (l. 41 § 1 D. 50, 17; III, 104) folgend — dann eine Ausnahme, wenn die Weitergabe unentgeltlich erfolgt.

1. Trifft ein Nichtberechtigter eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung, so haftet neben dem Verfügenden auch derjenige, der auf Grund der Verfügung unentgeltlich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 816, oben S. 917).

2. Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist (nämlich gemäß § 818 Abs. 3, oben a. 2.), der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zu-

Digitized by Google

wendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte (§ 822).[4])

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen (BGB. §§ 823—853).

§ 172. Unerlaubte Handlungen. Begriff.

a. Übersicht.

1. Unerlaubte Handlung (Delikt) ist jede schuldhafte rechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen (Liszt). Ein solcher rechtswidriger Eingriff kann den Thäter in doppelter Weise verantwortlich machen:

α. Ein Delikt kann im öffentlichen Interesse mit Strafe bedroht sein: der Thäter wird bestraft nach Maßgabe der Vorschriften des StGB. und der sonstigen Strafrechtsnormen.

β. Ein Delikt kann aber auch civilrechtliche Folgen nach sich ziehen: der Thäter wird schadensersatzpflichtig nach Maßgabe der Normen des bürgerlichen Rechts.

2. Im modernen[1]) Rechte sind beide Arten von Rechtsfolgen eines Delikts grundsätzlich verschieden behandelt.

---

[4]) A. erhält von B. einen Schmuck mit dem Auftrag, ihn zu verkaufen, lehnt den Auftrag ab, schickt den Schmuck aber nicht zurück, sondern verschenkt ihn, oder verkauft ihn und verschenkt den Erlös. In beiden Fällen haftet der Empfänger, soweit nicht A., zB. wegen Unterschlagung (§ 823, S. 930), haftet.

[1]) Dagegen war diese Scheidung dem rR. fremd. Die actiones ex delicto (I, 284) des rR. hatten nicht nur die Bestimmung, dem Kläger Schadensersatz zu verschaffen, sondern sie hatten — in Ergänzung des nur für wenige Thatbestände ausgebildeten öffentlichen Strafrechts — die Bedeutung von Privatstrafklagen. Sie gingen daher nicht allein auf Schadensersatz (actiones rei persecutoriae), sondern vielfach auf Erlegung einer Strafe an den Kläger (actiones poenales), sei es anstatt des Schadensersatzes (actiones mere poenales) oder daneben (actiones mixtae). Die Folge ihrer Strafnatur war, daß sie vor der Litiskontestation nicht gegen den Erben gingen (I, 324[9]) und daß von mehreren Schädigern jeder die volle Strafe zu zahlen hatte (Kumulation, S. 354[8]).

Digitized by Google

Es giebt Delikte, die nur strafrechtliche, keine civilrechtlichen Folgen nach sich ziehen (zB. die Majestätsbeleidigung), umgekehrt solche, die nur civilrechtliche, keine strafrechtlichen Folgen haben (zB. die fahrlässige Sachbeschädigung), und endlich auch solche, die den Thäter sowohl strafrechtlich als civilrechtlich verantwortlich machen (zB. Diebstahl, Unterschlagung, vorsätzliche Sachbeschädigung).

Aber auch in den letzteren Fällen werden die strafrechtlichen und die civilrechtlichen Folgen streng auseinander gehalten.

Erstere werden im Wege des öffentlichen Verfahrens (Strafprozeß), letztere im Wege des privaten Verfahrens (Civilprozeß) verfolgt. Hierbei kann im Strafverfahren eine andere Entscheidung getroffen werden, als im Civilverfahren; der Strafrichter kann zB. jemanden wegen Unterschlagung verurteilen, der Civilrichter auf Grund des von ihm neu zu ermittelnden Thatbestands die Schadensersatzklage gegen ihn abweisen.[2]) Wird er in beiden Ver-

---

In das Gemeine Recht ist der Strafcharakter der Deliktsklagen nicht übergegangen. Sie gingen allein auf Schadensersatz. Über die passive Vererblichkeit vgl. I, 324[9] (**juxta facultates hereditatis**, nicht mehr, wie im kanon. R., **juxta facultates heredis**); mehrere Schädiger waren zwar jeder aufs ganze verpflichtet, aber doch nur als Gesamtschuldner, sodaß einmalige Leistung alle befreite (wie jetzt nach BGB., S. 945).

[2]) Zur Beseitigung früherer Vorschriften, insbesondere des Preuß. R., bestimmt daher EGCPO. § 14 Abs. 2: es „Außer Kraft treten die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Civilrichter.

Läuft neben einem Strafverfahren ein Civilverfahren, so werden also grundsätzlich beide Prozesse gesondert verfolgt. Immerhin wäre es häufig zwecklos, beide Prozesse neben einander durchzuführen, insbesondere wenn der Thatbestand durch umfangreiche Beweisaufnahmen erst ermittelt werden muß. Daher giebt sowohl die StPO. (§ 261) dem Strafrichter die Befugnis zur Aussetzung des Strafverfahrens, falls die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses abhängt, als auch die CPO. (§ 149) dem Civilrichter die Befugnis zur Aussetzung des Rechtsstreits, wenn sich in dessen Laufe der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist.

Digitized by Google

fahren verurteilt, so gebührt die etwaige Geldstrafe dem Fiskus, während die Schadenssumme dem Kläger zufließt. Der Schuldige kann sich also nach erfolgter Verurteilung im Strafverfahren nicht etwa auf den Satz „ne bis in idem" berufen, um seine Verurteilung im Civilverfahren zu hindern.

Diese scharfe Trennung der strafrechtlichen und civilrechtlichen Verfolgung eines Delikts ist im modernen Rechte nur beim Rechtsinstitute der Buße verlassen; vgl. hierüber oben S. 67.

3. Dem rR. war ein einheitlicher Deliktsbegriff fremd. Es erkannte auch auf der Höhe seiner Ausbildung nicht den dem natürlichen Empfinden entsprechenden Satz an, daß jeder schuldhafte rechtswidrige Eingriff in eine fremde Rechtssphäre den Handelnden zum Schadensersatze verpflichte. Vielmehr war die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht nach rR. an bestimmte Thatbestände geknüpft. Diese Thatbestände wurden allmählich erweitert und damit die Lücken verkleinert (S. 927), so durch Gewährung der Deliktsklagen als actiones utiles und in factum (I, 288). Die Aufstellung einer allgemeinen Pflicht zum Schadensersatze für außerkontraktliche schuldhafte Handlungen ist aber erst in den Kodifikationen um die Wende des 18. Jahrhunderts (ALR., Code civil, Österr. BGB.) gewagt worden,[3]) im Anschluß an eine naturrechtliche, das damalige Recht beherrschende Anschauung, während das Gemeine Recht später

---

Bisweilen ist die Verurteilung im Strafverfahren Voraussetzung eines Civilprozesses und umgekehrt. Dann ist natürlich die in dem einen Verfahren ergangene Entscheidung für das andere maßgebend, trotz des Grundsatzes der Unabhängigkeit des Urteils des Civilrichters von dem des Strafrichters; vgl. zB. StGB. § 172 (Strafbarkeit des Ehebruchs, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist) und umgekehrt Unfallversicherungsgesetz §§ 95 ff. (III, 213[19]: Inanspruchnahme der Betriebsunternehmer nur nach strafrichterlicher Feststellung eines Verschuldens).

[3]) ALR. I, 6 („Von Pflichten und Rechten aus unerlaubten Handlungen)" §§ 10 ff. Am weitesten ging Code civil art. 1382: **Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.**

Digitized by Google

und bis zum Inkrafttreten des BGB. unter dem Einflusse der historischen Schule wieder zu dem Satze des rR. zurückgekehrt war, daß nur solche unerlaubte Handlungen die Schadenersatzpflicht begründen sollten, die den Thatbestand eines anerkannten Delikts darstellten.

b. Die Privatdelikte des Römischen Rechts.

1. Furtum (D. 47, 2, C. 6, 2: De furtis).

α. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve (l. 1 § 3 D. 47, 2). Danach deckt sich der Begriff des furtum nicht mit dem des Diebstahls im StGB. § 242.

a. Das furtum setzt eine contrectatio, d. h. ein Sichvergreifen an fremder beweglicher Sache, voraus. Es ist also umfassender als der Diebstahl; denn dieser liegt nur vor, wenn eine fremde bewegliche Sache einem Anderen weggenommen ist, während das furtum auch die Unterschlagung (das Sichvergreifen an einer Sache, die man bereits im Besitze hat) umfaßt.

b. Das furtum ist auch insofern umfassender als der Diebstahl, als dieser eine Aneignung der Substanz nach voraussetzt, während beim furtum die unbefugte Aneignung, sei es der Substanz (furtum rei), oder nur des Gebrauchs (furtum usus), oder selbst nur des Besitzes (furtum possessionis) genügt.

c. Darin ist das furtum aber enger als der Diebstahl, daß bei diesem die Absicht rechtswidriger Zueignung genügt, während zum Begriffe des furtum eine contrectatio lucri faciendi gratia, also eine Zueignung in Bereicherungsabsicht, gehört.

β. Das furtum erzeugte zwei Deliktsklagen:

a. Die actio furti, eine Privatstrafklage, die auf das Vierfache des Interesses beim „furtum manifestum“ (Ertappung auf frischer That), auf das Doppelte beim „furtum nec manifestum“ ging und jedem Interessenten gegen jeden beim Diebstahle Beteiligten zustand; und

Digitized by Google

b. die condictio furtiva, eine Rückerstattungs- und Ersatzklage des Eigentümers gegen den Dieb.[4])

Bei gewaltsamer Entwendung war eine vom Prätor Lukullus (76 v. Chr.) geschaffene actio vi bonorum raptorum auf das Vierfache gegeben (J. 4, 2; D. 47, 8; C. 9, 33).

2. Beschädigung (D. 9, 2: Ad legem Aquiliam; J. 4, 3, C. 3, 35: De lege Aquilia).

Die Haftung für schuldhafte Sachbeschädigung beruhte auf der lex Aquilia,[5]) deren ursprünglich enges Anwendungsgebiet durch die prätorische Jurisdiktion im Wege der actiones utiles und in factum sehr erweitert wurde. Vorausgesetzt war:

α. damnum injuria datum, also Verschuldung, u. zw.

---

[4]) Im Gemein. R., das, wie S. 924[1] erwähnt, die der Bestrafung dienenden Vorschriften der Pönalklagen nicht übernommen hatte, ging die actio furti gleich der condictio furtiva nur auf Schadenersatz, hatte aber insofern neben dieser eine selbständige Natur, als sie jedem Interessenten, nicht nur dem Eigentümer, und gegen jeden an dem Diebstahle Beteiligten (Anstifter, Gehülfen) zustand. Der infamierende Charakter (I, 66[4]) der actio furti ist ebenfalls nicht in das Gem. R. übergegangen.

[5]) Dieses, von einem Volkstribunen Aquilius um 287 v. Chr. beantragte Plebiszit behandelte die Sachbeschädigung im I. und III. Kapitel, während das II. Kap. eine Klage gegen einen treulosen adstipulator enthielt (S. 183[6]).

Cap. I. (l. 2 pr. D. 9, 2): **Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.**

Cap. III. (l. 27 § 5 D. 9, 2): **Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.**

Die lex Aquilia ging auf Schadenersatz; ihre Strafnatur lag aber darin, daß der Kläger den höchsten Wert des letzten Jahrs oder wenigstens Monats fordern konnte und daß sie gegen den Leugnenden auf das Doppelte ging (I, 227). Beides ging in das Gem. R. nicht über.

Im Falle der moralischen Schädigung eines Sklaven wurde eine actio de servo corrupto (D. 11, 3) gegeben, die gemeinrechtlich bei Verführung eines Hauskinds oder der Ehefrau angewandt wurde.

Digitized by Google

genügte culpa levis (in lege Aquilia et levissima culpa venit, l. 44 pr. D. 9, 2);

β. damnum corpori datum; die actio legis Aquiliae war ursprünglich nur für Sachbeschädigung bestimmt, seit Hadrian wurde sie utiliter auch bei Verletzung freier Personen gewährt;[6])

γ. damnum corpore datum; von dem hierin liegenden Erfordernis unmittelbarer Einwirkung wurde später abgesehen, vielmehr jeder Kausalzusammenhang zwischen einem Handeln (wozu nach der herrschenden Meinung auch ein Unterlassen gehörte) und der Beschädigung für genügend erklärt.

3. Injuria (J. 4, 4; D. 47, 10; C. 9, 35: De injuriis).

Injuria ist wissentlich widerrechtliche Kundgebung der Mißachtung einer fremden Persönlichkeit, durch Verletzung ihrer Ehre oder Freiheit, ihres Körpers, Namens oder Hausfriedens.

Die Injurie war schon in den 12 Tafeln mit Strafe von 25 As bedroht. Später schuf der Prätor die actio injuriarum aestimatoria (I, 284) auf angemessene Strafe; sie war unvererblich und verjährte in einem annus utilis.[7])

4. Dolus und metus.

Über die durch ein Edikt des Prätors Aquilius Gallus (66 v. Chr.) eingeführte allgemeine[8]) actio de dolo

---

[6]) Gemeinrechtlich wurden weiter ausgebildet: Ansprüche auf Schmerzensgelder, auf Entschädigung für eine Frau, der die Heirat durch eine Verletzung erschwert wurde, und auf Entschädigung wegen Defloration; dies ging zum Teil auch in das ALR. über; vgl. hierüber II, 516. Ferner wurde im Falle der Tötung den unterhaltsberechtigten Verwandten ein Ersatzanspruch gegen den Totschläger gewährt (ebenso ALR. I, 6 §§ 98 ff.).

[7]) Die gemeinrechtliche Geltung der actio injuriarum war bestritten wegen EGStPO. § 11 („Die Verfolgung von Beleidigungen und Körperverletzungen findet nur nach den Vorschriften der StPO. statt").

[8]) Für besondere Fälle waren gegeben: Die actio Pauliana (I, 635), die actio de alienatione judicii mutandi causa

Digitized by Google

vgl. III, 439[3], über die von Oktavius (74 v. Chr.) eingeführte actio quod metus causa (formula Octaviana) vgl. III, 445[10].

5. Quasideliktsobligationen.

In einigen Fällen knüpfte das rR. an schädigende Thatbestände, die mangels Vorhandensein eines Verschuldens als eigentliche Delikte nicht zu kennzeichnen waren, deliktsartige Folgen.

α. Die actio de effusis vel dejectis (D. 9 3: De his qui effuderint vel dejecerint) wurde gegen den gegeben, aus dessen an einer Straße belegener Behausung ein schädigender Wurf oder Guß erfolgte. Bei Tötung eines Freien war die Klage Popularklage (I, 285).

β. Die actio de positis vel suspensis (l. 5 § 6 D. 9, 3) war eine Popularklage auf 10 Solidi gegen den, der an gangbarer Straße etwas unvorsichtig aufgestellt oder aufgehängt hatte.

γ. Über die actio contra judicem, qui litem suam facit (Syndikatsklage) vgl. I, 330, über die quasideliktische Haftung der nautae, caupones, stabularii oben S. 692, über die actiones noxales, insbesondere de pastu und de pauperie, II, 513.

c. Begriff der unerlaubten Handlung nach BGB.

Wie S. 925 erwähnt, hat das BGB. das Prinzip des rR., welches eine Schadensersatzpflicht nur an bestimmte Thatbestände knüpft, verlassen [9]). Nach BGB. macht jeder schuldhafte rechtswidrige Eingriff in eine fremde Rechts-

(I, 328[14]) und die actio calumniae gegen den, der sich für Führung oder Nichtführung eines unberechtigten Prozesses etwas hat geben lassen.

[9]) Dagegen gilt für das Strafrecht auch nach StGB. die „Spezialisierung der Thatbestände" gemäß dem Satze „nullum crimen sine lege" (III, 45). Weil hiernach die strafrechtliche Verantwortung an die Erfüllung ganz bestimmter Thatbestände geknüpft und darüber hinaus die Freiheit des Handelns dem Staate gegenüber nicht beschränkt ist, hat Liszt das Strafgesetz als die „magna charta des Verbrechers" bezeichnet (II, 16[2]).

Digitized by Google

sphäre schadensersatzpflichtig. Das BGB. hat sich aber nicht, wie der Code civil (S. 925[3]), auf die Feststellung dieses allgemeinen Grundsatzes beschränkt, sondern als Anhalt für die richterliche Entscheidung in den §§ 823—826 den Begriff der „fremden Rechtssphäre" bestimmt, d. h. diejenigen Interessen bezeichnet, deren Verletzung als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre gelten soll. Der Unterschied gegenüber dem rR. besteht also darin, daß ein rechtswidriger Eingriff in ein zweifelloses Lebensgut (zB. Eigentum) nach BGB. in jeder Form, nach rR. nur dann schadensersatzpflichtig macht, wenn der Eingriff in der Form eines anerkannten Delikts (Diebstahl, Raub, Sachbeschädigung usw.) erfolgt, während der Unterschied gegenüber dem Code civil und dem ALR. darin liegt, daß das BGB. die geschützten Interessen besonders aufführt, während der Code civil und das ALR. sich auf eine „Generalklausel" beschränkten und die Feststellung des Begriffs des „rechtlich geschützten Interesses" dem Richter überließen.

§ 173. Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Voraussetzungen.

a. Übersicht.

Die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen setzt nach BGB. regelmäßig voraus:

1. Eingriff in das geschützte Rechtsgut eines Anderen (unten b.);

2. Rechtswidrigkeit des Eingriffs (unten c.);

3. Verschulden des Thäters (unten d.);

4. Eintritt eines Vermögensschadens und zwar in ursächlichem Zusammenhange mit dem schuldhaften rechtswidrigen Eingriff (unten e.).

b. Eingreifen in geschützte Rechtsgüter.

1. Schadensersatzpflichtig ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt (§ 823 Abs. 1).

Digitized by Google

§ 823 Abs. 1 handelt hiernach (im Gegensatze zu dem die Verstöße gegen die objektive Rechtsordnung regelnden Abs. 2) von der Verletzung von Bestandteilen der subjektiven Rechtssphäre des Einzelnen. Als geschützte Rechtsgüter sind einmal gewisse genau angegebene (s. u.) Lebensgüter, (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit) und ferner die subjektiven Rechte, nämlich das Eigentum oder ein „sonstiges Recht", bezeichnet. Der letztere Begriff bedarf wegen der durch ihn hervorgerufenen Bedenken einer Erläuterung.

α. Der Ausdruck „sonstiges Recht" bezieht sich nur auf das vorangehende Wort „Eigentum", nicht aber auf die übrigen im Abs. 1 aufgeführten Lebensgüter. Bei dieser, der Entstehungsgeschichte entsprechenden Auslegung ist die Annahme ausgeschlossen, daß außer den vier besonders erwähnten (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit) auch andere Bestandteile der Persönlichkeitssphäre als „Rechte" aufgefaßt werden könnten. Insbesondere ist die Ehre nicht allgemein durch § 823 Abs. 1, sondern nur beim Vorliegen der besonderen Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2 (Schutzgesetz), 824 (Kreditgefährdung), 825 (außereheliche Beiwohnung) geschützt. Ebensowenig besteht ein allgemeiner Schutz gegen den Verrat von Privatgeheimnissen; vgl. jedoch S. 905[6], 935. Der Ausdruck „sonstiges Recht" umfaßt daher nur diejenigen Bestandteile der Persönlichkeitssphäre, die durch Rechtsvorschriften zu wirklichen Persönlichkeitsrechten erhoben sind (vgl. hierüber III, 222 ff.). Hierzu gehören zB. das Namensrecht (BGB. § 12, III, 226), die Urheber- und Erfinderrechte (III, 242), die Marken- und Zeichenrechte (III, 234), das Recht auf ungestörten Gewerbebetrieb (III, 238).

β. Der Ausdruck „sonstiges Recht" ist ferner nur auf absolute Rechte[1]) zu beziehen. Der Eingriff in obligatorische Rechte kann die Schadensersatzpflicht nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht begründen.

[1]) Dazu gehört nach BGB. jedenfalls auch der Besitz, der zwar kein eigentliches Recht, aber doch eine „geschützte Rechtsposition" darstellt; vgl. V, 27[3].

Digitized by Google

a. Die Nichterfüllung einer obligatorischen Vertragspflicht durch den Schuldner stellt eine Verletzung des Rechts des Gläubigers dar; die Folgen dieser Rechtsverletzung bestimmen sich aber nach den Vorschriften über das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis.

Nun ist es allerdings möglich, daß die Verletzung einer obligatorischen Pflicht sich gleichzeitig als ein Delikt darstellt (zB. der Verwahrer vernichtet oder unterschlägt die aufzubewahrende Sache), und es entsteht für diese Fälle die praktisch wichtige[2]) Frage, ob die Folgen einer solchen Verletzung sich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen oder nach den das verletzte Vertragsverhältnis beherrschenden Normen richtet? Mit der herrschenden Meinung (Liszt, Oertmann, dagegen Endemann) ist anzunehmen, daß in diesen Fällen der Verletzte die Wahl hat, seinen Ersatzanspruch auf das Vertragsrecht oder auf das Deliktsrecht zu stützen; es ist also zB. sowohl der Gerichtsstand der Erfüllung (CPO. § 29), als der der begangenen That begründet. Von diesem Grundsatze sind (mit Liszt) zwei Ausnahmen anzuerkennen:

1) Haftet der Vertragsschuldner (wie zB. der Schenker)

---

[2]) Die praktische Bedeutung zeigt sich zB. in folgenden Punkten (Liszt, Deliktsobligationen, S. 8):

a. Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist ein besonderer Gerichtsstand (forum delicti commissi, I, 210) am Thatorte begründet.

b. Die Deliktsfähigkeit (III, 405[2]) ist in den §§ 827 ff. abweichend von der Geschäftsfähigkeit geordnet; vgl. jedoch § 276.

c. Die Verjährungsfrist für Deliktsansprüche ist besonders geregelt (§ 852, S. 947).

d. Das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt ist (§ 273, S. 162).

e. Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig (§ 393, S. 282).

f. Nach § 830 haften für unerlaubte Handlungen Anstifter und Gehülfen gleich Mitthätern, bei Vertragsverletzungen haftet immer nur der Thäter allein. Andererseits richtet sich die Haftung für Dritte bei unerlaubten Handlungen nach den §§ 831, 832 (S. 938), bei Vertragsverhältnissen nach § 278 (S. 127).

Digitized by Google

nicht für jede Fahrlässigkeit, sondern nur für culpa lata oder culpa in concreto (S. 129), so kann der Verletzte ihn nicht unter Berufung auf § 823 für jede Fahrlässigkeit verantwortlich machen; denn damit würde die Absicht des Gesetzgebers, dem Schuldner wegen der Besonderheit des Vertragsverhältnisses nur eine geminderte Haftung aufzuerlegen, vereitelt.

2) Ist dem Schuldner gemäß § 276 (S. 119) die Haftung für Fahrlässigkeit vertragsmäßig erlassen, so kann der Gläubiger dies nicht durch Berufung auf § 823 umgehen.

b. Streitig ist, wie schon nach bisherigem Recht, ob der Eingriff in ein obligatorisches Recht die Ersatzhaftung aus Delikt begründet, wenn der Eingriff nicht durch den Schuldner (wie im Falle a.), sondern durch einen Dritten[8]) erfolgt, ob also zB. der Entleiher eines Fahrrads oder nur dessen Eigentümer wegen einer verschuldeten Beschädigung des Rades Schadensersatz verlangen kann, ob der Käufer einer noch nicht übergebenen Sache gegen deren Beschädiger vorgehen kann, ob bei verschuldeter Tötung (zB. auch im Duell, S. 944[9]) die Lebensversicherungsgesellschaft, bei der der Getötete versichert war, den ihr durch das vorzeitige Fälligwerden der Versicherungssumme erwachsenen Schaden gegen den Totschläger geltend machen kann? Mit der herrschenden Meinung (Oertmann, dagegen Liszt, Cosack) ist dies zu verneinen, da der Eingriff des Dritten sich nur gegen den Schuldner, den Gläubiger oder den geschuldeten Gegenstand richten kann, nicht aber gegen das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis.

2. Schadensersatzpflichtig ist ferner, wer gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt (§ 823 Abs. 2). Dahin gehören vor allem die meisten strafrechtlichen Vorschriften, die sozial-

[8]) Das rR. gab die actio legis Aquiliae nur dem Pächter, der durch einen Eingriff in die Früchte der Pachtsache geschädigt war (l. 27 § 14 D. 9, 2; vgl. dagegen zB. l. 11 § 9 D. 9, 2).

Digitized by Google

politischen Bestimmungen der Gewerbeordnung (S. 580), die zahlreichen Verordnungen der Sicherheitspolizei (zB. Flurbeleuchtung, Streuen bei Schneefall, Baupolizeiordnung, Fahrordnung). Gemeint sind mit den Schutzgesetzen nicht bloß Gesetze, die den Schutz einer bestimmten Person, sondern auch solche, die den Schutz des Publikums, der Allgemeinheit, bezwecken (zB. auch der Vertragsbruch eines Armeelieferanten, StGB. § 329). Beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 185 ff. und des § 299 StGB. kann auf Grund von § 823 Abs. 2 ferner auch die Ehrverletzung und der Verrat von Geheimnissen schadensersatzpflichtig machen.

Manche der vorbezeichneten Schutzgesetze, so vor allem die Normen des Polizeistrafrechts, setzen ein Verschulden nicht voraus (zB. haftet der Eigentümer strafrechtlich, wenn die Gehbahn vor seinem Hause bei Glatteis nicht bestreut ist, auch wenn er seinem Portier dies aufgetragen hatte). In diesen Fällen soll aber die civilrechtliche Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens eintreten (§ 823 a. E.).

3. Schadensersatzpflichtig ist, wer der Wahrheit zuwider eine Thatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß (§ 824 Abs. 1). Diese Vorschrift ist dem § 187 StGB. (Verleumdung) nachgebildet, geht aber über ihn hinaus, indem sie:

α. nicht nur gegen Kreditgefährdung, sondern auch gegen sonstige Nachteile für Erwerb oder Fortkommen schützt; und

β. den eine objektiv unrichtige Thatsache Verbreitenden auch dann verantwortlich macht, wenn er ihre Unwahrheit schuldhafter Weise nicht kannte.

Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat (§ 824 Abs. 2);

Digitized by Google

„Wahrnehmung berechtigter Interessen", vgl. StGB. § 193. Diese Vorschrift schützt vor allem die Auskunfteien (S. 668[4]). Über den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb vgl. III, 238.

4. Schadensersatzpflichtig ist, wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt (§ 825).

Das BGB. giebt einen „Defloration sanspruch" (II, 516) also nicht bei jeder, sondern nur bei einer durch unlautere Mittel (zB. durch Scheintrauung) ermöglichten Verführung (einer Frauensperson, nicht auch eines Mannes). Es handelt sich hierbei nur um den durch die Beiwohnung als solchen herbeigeführten Schaden (zB. Geschlechtskrankheit), nicht um die Folgen einer etwa eintretenden Schwangerschaft, welche im Familienrechte geregelt sind. Über den Schadensanspruch der defl orierten unbescholtenen Braut vgl. § 1300.

5. Schadensersatzpflichtig ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt (§ 826). Es handelt sich hier um den Schutz gegen sog. illoyale Handlungen, d. h. solche, die nicht an sich unerlaubt sind, aber sich durch die Art oder die Zeit ihrer Vornahme als „unanständig" darstellen.[4]) Hierunter fallen vor allem die Thatbestände, die die Grundlage der actio doli (S. 928) und der exceptio doli generalis (I, 296) abgeben (zB. Verrat fremder Geheimnisse, Veröffentlichung fremder Briefe oder Familienvorgänge). Zweifelhaft ist, ob aus dem § 826 ein Verbot der „illoyalen Handlungen" zu folgern ist, sodaß zB. Notwehr gegen sie zulässig wäre (so Oertmann).

6. Verletzt ein Beamter schuldhafter Weise die ihm

[4]) § 826 hat hiernach die gleiche Tendenz wie die §§ 138 (gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäfte, III, 487) und 226 (Chikaneverbot). Der Thatbestand des § 826 unterscheidet sich von dem des § 226 darin, daß hier einmal das Vorhandensein eines Rechts vorausgesetzt wird und andererseits nur eine bestimmte Art unsittlicher Handlungen, nämlich die chikanösen, getroffen werden.

Digitized by Google

einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so ist er, auch wenn die Pflichtverletzung nicht die in § 823 aufgeführten Lebensgüter betrifft, dem Dritten gemäß § 839 zum Schadensersatze verpflichtet (Syndikatsklage, vgl. I, 331[18]); und zwar haftet der pflichtvergessene Beamte:

α. bei vorsätzlicher Verletzung: an erster Stelle;

β. bei nur fahrlässiger Verletzung: subsidiär, nämlich nur dann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag;

γ. als Spruchrichter (bei dem Urteil in einer Rechtssache): nur, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist (Bestechung oder Rechtsbeugung, StGB. §§ 334, 336); auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung des Amts findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Diese Vorschrift tritt also an die Stelle des die Kulpakompensation sonst regelnden § 254 (S. 61).

Besonders ausgesprochen ist in §§ 1674, 1848 die Haftung des Vormundschaftsrichters.

Über die Haftung des Staats für Verschulden seiner Beamten vgl. oben S. 611, über die Erhebung des „Konflikts" bei Inanspruchnahme eines Beamten I, 332[18].

c. Rechtswidrigkeit.

Ein Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut (b.) erfüllt nur dann den Thatbestand der unerlaubten Handlung und macht daher nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er (objektiv) rechtswidrig ist, d. h. wenn der Thäter zu dem Eingriffe kein Recht hatte. Die Rechtswidrigkeit ist u. a. ausgeschlossen, wenn der Thäter:

1. den Eingriff in Ausübung eines subjektiven Rechts vornimmt (zB. der Pächter von Obstbäumen betritt den fremden Garten zwecks Fruchtziehung); vgl. aber § 226;

Digitized by Google

2. dazu durch Gesetz oder gerichtliche Verfügung ermächtigt ist (die Polizei nimmt eine Durchsuchung oder Beschlagnahme vor, der Lehrherr straft den Lehrling, der Gerichtsvollzieher verhaftet den die Ableistung des Offenbarungseids weigernden Schuldner);

3. in Notwehr, unverschuldetem Notstand oder erlaubter Selbsthülfe handelt (§§ 227—231, vgl. III, 664, 669; dagegen ist im § 904, V, 255, trotz mangelnder Widerrechtlichkeit des Eingriffs die Schadensersatzpflicht besonders ausgesprochen);

4. mit Einwilligung des Verletzten gehandelt hat. Doch gilt dies — Geschäftsfähigkeit des Verletzten vorausgesetzt — nur bei denjenigen Rechtsgütern, über die er frei verfügen kann. Dazu gehört nicht Leib und Leben (StGB. § 216, vgl. III, 224 ff.), auch nicht unbedingt die Freiheit (zB. eine Ehefrau verpflichtet sich ihrem Manne gegenüber vertragsmäßig, sich in eine Irrenanstalt einsperren zu lassen). Ferner wird die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung nur dann ausgeschlossen, wenn diese nicht selbst durch unerlaubte Mittel veranlaßt ist, wie im Falle des § 825 (S. 935).

d. Verschulden.

Ein objektiv rechtswidriger Eingriff macht den Thäter grundsätzlich nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er auch subjektiv rechtswidrig, d. h. verschuldet ist. Der Regel nach genügt, wie die S. 931 ff. aufgeführten Thatbestände zeigen, jede Art eines Verschuldens (S. 110), Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Es tritt aber einerseits in einzelnen Fällen eine geminderte Haftung (nur für Vorsatz, unten 1) ein. Andererseits ist bisweilen eine verstärkte Haftung vorgeschrieben, sei es, daß die Beweislast zu Ungunsten des Thäters verschoben (unten 2) ist oder seine Verantwortlichkeit selbst ohne Verschulden eintritt (unten 3.). Über die geschichtliche Entwickelung vgl. II, 509 ff.

1. Haftung nur für Vorsatz.

α. Die Schadensersatzpflicht wegen illoyaler Handlungen (§ 826, S. 935) tritt nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung ein.

Digitized by Google

β. Die Schadensersatzpflicht wegen Verletzung der Amtspflicht setzt allerdings nur irgend ein Verschulden voraus. Liegt aber nur Fahrlässigkeit vor, so tritt die Ersatzpflicht nur subsidiär ein (§ 839, S. 936).

2. Umkehrung der Beweislast.

Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen beruht auf „außerkontraktlichem" Verschulden (S. 52). Daher muß der Verletzte grundsätzlich (S. 131) zur Begründung seines Anspruchs das Vorhandensein eines Verschuldens des Thäters beweisen. Für einzelne Fälle schreibt nun das BGB. eine Umkehrung der Beweislast vor, dergestalt, daß ein Verschulden vom Gesetze vermutet wird, der Thäter sich also „exkulpieren" (S. 131) muß.

α. Haftung für Angestellte und Gehülfen.

Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr — was er zu beweisen hat — bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 831; vgl. S. 128[8]). Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der vorstehend bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

β. Verletzung der Aufsichtspflicht.

Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Die

Digitized by Google

gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt (§ 832).

γ. Haftung für Einsturz.

Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werks oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werks ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer — was er beweisen muß — zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahrs nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, daß er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können (§ 836, vgl. §§ 837, 838).

3. Verantwortlichkeit ohne Verschulden.

α. Haftung unzurechnungsfähiger Personen.

Wie S. 57 dargelegt, beruht das BGB. grundsätzlich immer noch auf dem Verschuldensprinzipe des rR. Daher kann eine Person für einen von ihr verursachten Erfolg nicht ohne weiteres, sondern nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn und soweit dieser Erfolg auf ihrem Willen beruht. Hiernach kann nur verantwortlich sein, wer willensfähig ist; nur einem Willensfähigen kann der Erfolg „zugerechnet" werden,[5]) ebenso wie nur ein Willensfähiger bestraft werden kann (StGB. §§ 51 ff.).

---

[5]) Wie III, 144[1] ausgeführt, kennt das BGB. keinen einheitlichen Begriff der „Handlungsfähigkeit"; vielmehr ordnet es selbständig einmal die Geschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit zur

Digitized by Google

a. Dementsprechend ist nach §§ 827, 828 für den einem Anderen zugefügten Schaden nicht verantwortlich:

1) wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit (vgl. III, 159[10]) gehandelt hat (vgl. StGB. § 51);

2) wer nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat;

3) wer das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Das Gleiche gilt von Taubstummen (vgl. ähnlich StGB. §§ 55 ff., wo aber anstatt des 7. das 12. Lebensjahr maßgebend ist).

b. Die völlige Durchführung des Verschuldensprinzips würde jedoch der Billigkeit vielfach widersprechen. Daher hat das BGB. (wie schon das ALR. I, 6 §§ 40 ff.) für einzelne Fälle das deutschrechtliche Veranlassungsprinzip (II, 511) zur Anerkennung gebracht.

1) Hat jemand sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein (beweispflichtig der Trunkene), wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist (§ 827 Satz 2).

2) Wer in einem der unter a. erwähnten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der

---

Vornahme von Rechtsgeschäften, und die Verantwortlichkeit (Zurechnungsfähigkeit) für unerlaubte Handlungen. Über den Einfluß der mangelnden oder geminderten Geschäftsfähigkeit ist III, § 38 gesprochen. Hier handelt es sich um die Minderung und Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit und deren Folgen.

Digitized by Google

Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf (§ 829).[6]) Die Haftung der nicht verantwortlichen Thäter tritt also nur subsidiär und unter Wahrung eines beneficium competentiae (S. 158) ein.

β. Haftung für Tiere.

Ohne Rücksicht auf ein Verschulden ist ferner in den §§ 833—835 eine weitgehende Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden angeordnet. Es handelt sich hierbei sogar um eine Verantwortlichkeit ohne Verursachung (S. 59).

a. Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder

---

[6]) Eine Haftung für unerlaubte Handlungen Anderer ist ferner vorgesehen in einzelnen, durch Art. 108 EGBGB. aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens, der bei einer Zusammenrottung, einem Auflauf oder einem Aufruhr entsteht (StGB. §§ 115, 116, 124, 125).

a. Nach einer Pr. Verordnung „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der dem Gesetze schuldigen Achtung" vom 7. August 1835 § 11 haften für die bei solchen Gelegenheiten vorfallenden Beschädigungen von Sachen nicht nur die Urheber, sondern auch alle diejenigen als Gesamtschuldner (aber mit Regreßrecht unter einander und gegen die Urheber),

1. die sich bei einem Auflauf irgend eine gesetzwidrige Handlung haben zu Schulden kommen lassen;

2. alle Zuschauer, die sich nach dem Einschreiten der Behörden nicht sogleich entfernen.

b. Nach einem PrG. „betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens" vom 11. März 1850 haftet die Gemeinde des Begehungsbezirks für Sachbeschädigungen und Personenverletzungen, es sei denn, daß die Beschädigung durch eine von außen her in den Gemeindebezirk eingedrungene Menschenmenge verursacht worden ist und in diesem Falle die Einwohner des letzteren zur Abwehr des Schadens erweislich außer stande gewesen sind. Dann trifft die Haftpflicht die Gemeinde, von deren Bezirk aus der Überfall stattgefunden hat. Natürlich kann die haftpflichtige Gemeinde gegen die Thäter Regreß nehmen.

Digitized by Google

eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 833).

Wer für denjenigen, welcher ein Tier hält, die Führung der Aufsicht über das Tier durch Vertrag übernimmt, ist für den Schaden verantwortlich, den das Tier einem Dritten zufügt. Die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er — was er beweisen muß — bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 834).

Daneben kann nach § 823 Abs. 2 eine Haftung dessen begründet sein, der einen Hund auf Menschen hetzt (StGB. § 366[6]).

b. Wird durch Schwarz-, Rot-, Elch-, Dam- oder Rehwild oder durch Fasanen ein Grundstück beschädigt, an welchem dem Eigentümer das Jagdrecht nicht zusteht, so ist der Jagdberechtigte verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den Schaden, den die Tiere an den getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen des Grundstücks anrichten. Ist dem Eigentümer die Ausübung des ihm zustehenden Jagdrechts durch das Gesetz entzogen (vgl. II, 65[11]), so hat derjenige den Schaden zu ersetzen, welcher zur Ausübung des Jagdrechts nach dem Gesetze berechtigt ist (§ 835). Vgl. noch II, 66[11].

e. Vermögensschaden.

Die Ersatzpflicht für einen rechtswidrigen, verschuldeten Eingriff in ein fremdes geschütztes Lebensgut setzt voraus, daß als Folge des Eingriffs — also in ursächlichem Zusammenhange damit (Kausalnexus, S. 53) — dem Betroffenen ein Schaden entstanden ist. Wie ferner schon S. 66 ff. dargelegt ist, wird regelmäßig nur der Vermögensschaden, nicht auch der sog. immaterielle Schaden ersetzt. Ausnahmen finden sich in den §§ 847, 1300 (Defloration), über die S. 68 gesprochen ist.

Digitized by Google

§ 174. Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Durchführung.

a. Art und Umfang des Schadensersatzes.

Es kommen hierfür die oben § 74 dargelegten Grundsätze zur Anwendung. Jedoch gelten einige Besonderheiten:

1. Die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (§ 842).

2. Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten. Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der Anspruch wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat (§ 843).

3. Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen. Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war (§ 844).[1])

[1]) Die Leistung des Schadensersatzes in Form der Rente ermöglicht die Berücksichtigung späterer Veränderungen; vgl. hierüber

Digitized by Google

4. Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte *kraft Gesetzes* einem Dritten zur Leistung von *Diensten* in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war (Ehefrau, Kinder, vgl. §§ 1356 Abs. 2, 1617), dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten (§ 845).[2])

5. Für den Fall der *Rückgabe einer Sache* gelten die folgenden besonderen Grundsätze:

α. Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem Anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, ist auch für den *zufälligen* Untergang, eine aus einem anderen Grund eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich, es sei denn, daß der Untergang, die

---

CPO. §§ 323 (Abänderung des Urteils im Wege der Klage), 324 (nachträglicher Anspruch auf Sicherheitsleistung); vgl. I, 524[11].

Die nach § 844 zu entrichtende Geldrente ist überhaupt unpfändbar; die nach § 843 zu entrichtende Geldrente ist nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesamtbetrag mehr als 1500 Mk. jährlich ist, nur für Alimentenbeträge ist sie voll pfändbar (CPO. § 850, vgl. I, 571[37]).

[2]) In den Fällen der §§ 844, 845 handelt es sich um den Ersatz eines Schadens, der nicht den Verletzten, sondern Dritten erwachsen ist. In anderen Fällen ist diese Ersatzpflicht aber nicht begründet. Es kann also zB. nicht der Warenhausbesitzer Schadensersatz verlangen, wenn sein Geschäftsleiter in der Weihnachtszeit durch Verschulden eines Dritten arbeitsunfähig gemacht ist. Ebensowenig (vgl. oben S. 933) kann die Unfallversicherungsgesellschaft aus eigenem Rechte Schadensersatz von dem verlangen, der einen dem Versicherten zugestoßenen Unfall verschuldet hat. Vielfach bedingen sich die Versicherer freilich aus, daß die Ansprüche der Versicherten gegen dritte haftpflichtige Personen ihnen abzutreten sind. Über eine ähnliche cessio legis zu Gunsten der sozialpolitischen Organisationen vgl. III, 213[13].

In den Fällen der §§ 844, 845 stehen die Ersatzansprüche den Dritten aus eigenem Rechte zu. Aus Billigkeitsgründen bestimmt jedoch § 846, daß die Grundsätze über „Kulpakompensation“ (§ 254, oben S. 60) auch auf diese Ersatzansprüche anzuwenden sind. Der Ersatzberechtigte muß sich also das eigene Verschulden des Verletzten entgegenhalten lassen.

Digitized by Google

anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde (§ 848, vgl. dagegen oben S. 126).

β. Ist wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werts zu Grunde gelegt wird (§ 849), nicht erst von der Rechtshängigkeit: semper moram fur facere videtur (S. 140).

γ. Macht der zur Herausgabe einer entzogenen Sache Verpflichtete Verwendungen auf die Sache, so stehen ihm dem Verletzten gegenüber die Rechte zu, die der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wegen Verwendungen hat (§ 850; vgl. V, 382).

δ. Leistet der wegen der Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache zum Schadensersatze Verpflichtete den Ersatz an denjenigen, in dessen Besitze sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung befunden hat, so wird er durch die Leistung auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigentümer der Sache war oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte, es sei denn, daß ihm das Recht des Dritten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 851).

b. Beteiligung Mehrerer an einer unerlaubten Handlung.

1. Verhältnis zum Verletzten (§ 830).

α. Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Die Thäter haften also als Gesamtschuldner; d. h. jeder haftet aufs Ganze, einmaliger Ersatz befreit alle (anders bei den Privatstrafklagen des rR., S. 923[1]); Anstifter und Gehülfen (nicht aber Begünstiger und Hehler) stehen Mitthätern gleich (anders StGB. § 49 hinsichtlich der Gehülfen). Hat also A. den B. mißhandelt und C. dem B. die Arme festgehalten, so kann sich B. an A. oder an C. in voller Höhe halten.

Digitized by Google

β. Die Gesamthaftung tritt auch ein, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat (ähnlich schon ALR. I, 6 §§ 29 ff.); zB. die Wilderer A. und B. schießen nach Vereinbarung auf den ihnen begegnenden Förster C.; eine Kugel tötet ihn, es läßt sich nicht ermitteln, aus wessen Büchse. Jeder haftet civilrechtlich gemäß § 844; bestraft werden könnte jeder nur wegen Mordversuchs. Vorausgesetzt ist hierbei jedoch gemeinschaftliches Handeln, d. h. Beteiligung mehrerer an derselben Handlung. Daher sind zB. A. und B., wie straf-, so auch haftfrei, wenn sie bei einer Treibjagd gleichzeitig mit ungesicherten Flinten über einen Graben springen, beide Flinten losgehen, sich aber nicht feststellen läßt, wessen Schuß den Treiber C. getroffen hat.

γ. Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere neben einander verantwortlich (d. h. jeder aus einem anderen Rechtsgrunde, nicht wegen gemeinschaftlichen Handelns wie im Falle des § 830), so haften sie ebenfalls als Gesamtschuldner (§ 840 Abs. 1); so zB. der Dienstherr und die Aufsichtsperson neben dem Urheber (§§ 831, 832), die Miteigentümer eines schädigenden Tiers und die mehreren Jagdpächter (§§ 833, 835), der Gebäudebesitzer und der Unterhaltungspflichtige (§ 838).

2. Regreßverhältnis.

Grundsätzlich haften mehrere als Gesamtschuldner Verantwortliche gemäß § 426 (S. 366) im Zweifel nach Kopfteilen. § 840 Abs. 2, 3 bestimmt jedoch, daß im Innenverhältnis unter den Schuldern:

α. in den Fällen der §§ 831, 832 (S. 938) der Dienstpflichtige oder der Beaufsichtigte allein, im Falle des § 829 (deliktsunfähige Personen, S. 941) dagegen die Aufsichtsperson allein haftet;

β. in den Fällen der §§ 833—838 (Tier-, Wild-, Einsturzschäden) der eigentliche Schuldige allein haftet.

Hat also eine der hiernach nicht haftpflichtigen Personen wegen der ihr dem Verletzten gegenüber obliegenden Gesamt-

Digitized by Google

verpflichtung geleistet, so hat sie Regreß in voller Höhe gegen den im Innenverhältnisse Verantwortlichen.

c. Verjährung.

Die prätorischen Strafklagen waren regelmäßig an kurze Verjährungsfristen geknüpft (meist ein annus utilis). Ebenso hatte das bisherige Recht für die Ansprüche aus außerkontraktlichem Verschulden kurze Verjährungsfristen angeordnet. In Nachbildung der §§ 54 ff. ALR. I, 6 bestimmt BGB. §§ 852, 853:

1. Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt:

α. in drei Jahren nach Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen;

β. in dreißig Jahren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis.

2. Das durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten Erlangte muß ihm als ungerechtfertigte Bereicherung auch noch nach Vollendung der Verjährung herausgegeben werden.

3. Die Erfüllung einer durch eine unerlaubte Handlung erlangten Forderung kann der Verletzte auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist (ähnlich § 821, S. 922).

Digitized by Google

Anhang.

Wesentliche Abweichungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Gemeinen und Preußischen Rechte.

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.*)
§ 246. Gesetzlicher Zinsfuß. S. 45.	4%.	5%.	5%. I, 11 § 830; 16 § 65.
§ 248. Ist Anatozismus zulässig? S. 49.	Nein, außer für bereits fällige Zinsen, sowie im Verkehre der Sparkassen, Kreditanstalten und Bankgeschäfte (§ 248 Abs. 2).	Nein.	Nein, außer für 2jährige oder noch ältere Zinsrückstände (bei gerichtlicher Feststellung). I, 11 §§ 818 ff.
§ 269. Erfüllungsort mangels rechtsgeschäftlicher oder aus der Natur der Sache sich ergebender Bestimmung. S. 87.	Wohnsitz (unter Umständen gewerbliche Niederlassung) des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses.	Jeder angemessene Ort.	a. Vertragsschulden 1. für lästige Verträge: α. auf ein Geben, Wohnort des Berechtigten z. B. des Vertragsschlusses; β. auf eine Handlung, Wohnort des Verpflichteten zur selben Zeit. 2. für unentgeltliche Verträge:

*) Vgl. die Anmerkung in III, 679.

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
			der jeweilige Aufenthaltsort des Verpflichteten. b. Außerkontraktliche Leistungen: der Aufenthaltsort, für Zahlungen der Wohnort des Schuldners z. B. der Mahnung. I, 5 §§ 248 ff.; 16 §§ 27, 52.
§ 313. Form des Grundstücksveräußerungsvertrags. S. 202[5].	Gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Auflassung heilt den Formmangel.	Formlos.	Schriftform. Auflassung heilt den Formmangel. I, 10 §§ 15 ff., EEG. § 10.
§ 328. Rechtserwerb des Dritten beim Vertrage zu Gunsten Dritter? S. 218.	Durch den Vertragsschluß (Anwachsungstheorie).	Ebenso.	Durch Beitritt (Acceptationstheorie). I, 5 § 75.
§ 387. Ist Liquidität Voraussetzung der Aufrechnung? S. 280.	Nein.	Ja.	Ja. I, 16 § 359.
§ 394. Ist die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen zulässig? S. 282.	Nein, außer bzgl. geschuldeter Beiträge gegenüber den aus Krankenkassen usw. zu beziehenden Hebungen.	Ja, außer gegenüber Alimentenforderungen	Ebenso. I, 16 § 366.

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
Darf der Cessionar beim Erwerbe der Forderung unter Pari den vollen Nennwert geltend machen? S. 337[16].	Ja.	Nein (lex Anastasiana).	Ja.
Unterscheidung zwischen Korreal- und bloßer Solidarschuld? S. 358.	Nicht anerkannt.	Anerkannt.	Nicht anerkannt.
§ 421. Beneficium divisionis bei Gesamtschuld? S. 363.	Nicht zulässig.	Zulässig.	Nicht zulässig. I, 5 § 432.
§ 427. Haftung mehrerer Schuldner bei gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Verpflichtung. S. 360.	Solidarisch.	Nach Kopfteilen.	Solidarisch. I, 5 §§ 424 f.
Anfechtungsrecht wegen laesio enormis? S. 384[12].	Keine Partei kann anfechten.	Beide Parteien können anfechten.	Nur der Käufer kann anfechten. I, 11 §§ 58 ff.
§ 446. Übergang der Gefahr beim Kaufe. S. 388 ff.	Mit der Übergabe; bei Grundstücken mit der Auflassung, wenn diese der Übergabe vorhergeht.	Mit Abschluß des Kaufvertrags (vgl. jedoch S. 389[5]).	Mit der Übergabe, außer beim Kauf in Bausch und Bogen. I. 11 §§ 95, 100.

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
Übergang des Eigentums beim Kaufe. S. 391 ff.	Mit der Übergabe, bei Grundstücken mit der Eintragung (vgl. jedoch S. 393[9]).	Mit Zahlung oder Stundung des Kaufpreises.	Mit der Übergabe, bei Grundstücken mit der Eintragung.
§ 440.			
Voraussetzungen des Eviktionsanspruchs. S. 398 ff.	Bestehen beeinträchtigender Rechte Dritter (vgl. jedoch S. 400[9]).	Vollzogene Eviktion (vgl. jedoch S. 398[4]).	Gerichtliche Feststellung des von dem Dritten geltend gemachten Anspruchs. I, 11 §§ 143 ff.
§ 455.			
Bedeutung des pactum reservati dominii. S. 394.	Bei Mobilien im Zweifel aufschiebende Bedingung.	Streitig.	Im Zweifel auflösende Bedingung; bei Mobilien nur bei Festsetzung eines Zahlungstermins zulässig. ALR. I, 11 §§ 266 ff.
Nachbesserungspflicht des Verkäufers? S. 415.	Nein.	Nein.	Ja. I, 5 §§ 325, 331.
§ 477.			
Verjährung beim Kaufe. S. 421.	Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung, sowie auf Schadensersatz wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften verjährt bei beweglichen Sachen in 6 Monaten, bei Grundstücken	Die actio redhibitoria verjährt in 6 Monaten, die a. quanti minoris in 1 Jahre, die a. empti in 30 Jahren.	Die Gewährleistungsfristen betragen: a. wegen Sachfehler: bei beweglichen Sachen 6 Monate, bei Stadtgrundstücken 1 Jahr, bei Landgütern 3 Jahre. b. wegen juristischer Fehler: 3 Monate, 6 Mo-

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
	in 1 Jahre; bei arglistigem Verschweigen in 30 Jahren.		nate und 1 Jahr. I, 5 §§ 343 f.
§ 480. **Sind die ädilizischen Rechtsmittel auch beim Gattungskauf anwendbar?** S. 424.	Ja.	Bestritten.	Bestritten.
§§ 481 ff. **Gewährleistungspflicht bei Viehkäufen.** S. 425.	Der Verkäufer haftet nur: a. für bestimmte Gewährsmängel; b. wenn sie sich innerhalb gewisser Gewährfristen zeigen; c. nur auf Wandelung.	Keine Abweichung vom gewöhnlichen Kaufe.	Vermutung gegen den Verkäufer, falls sich gewisse Mängel in bestimmten Fristen zeigen; sonst keine Besonderheit. ALR. I, 11 §§ 199 ff.
§ 515. **Gewährleistung beim Tausche.** S. 439[9].	Wie beim Kaufe.	Ebenso.	Bei Entwehrung der Sache ist die dafür erhaltene (nicht ihr Wert.) zurückzugeben. I, 11 § 368.
§ 518. **Form des Schenkungsversprechens.** S. 448.	Gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Erfüllung heilt den Formmangel.	Über 500 solidi ist für das Übermaß gerichtliche Insinuation nötig. Erfüllung heilt den Formmangel nicht.	Gerichtlicher Abschluß. Erfüllung heilt den Formmangel, vorbehaltlich des Widerrufsrechts binnen 6 Monaten. I, 11 §§ 1063 ff., 1090.

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
Sind Schenkungen unter Ehegatten gültig? S. 459.	Ja.	Nein; aber: morte Cincia removetur.	Ja. II, 1 § 310.
§ 559.			
Hat der Vermieter ein Pfandrecht: **a. an den Sachen des Aftermieters?** **b. an den Sachen der Ehefrau?** S. 486[3].	a. Nein. b. Nein (außer bei Gütergemeinschaft).	a. Ja. b. Nein.	a. Nein. b. Ja, an den eingebrachten Mobilien, an den vertraglich vorbehaltenen nur bei Gutgläubigkeit. I, 21 § 395 u. Deklaration v. 21. 7. 40.
§ 566.			
Form des Mietvertrags. S. 462.	Formlos (für Grundstücke bei Abschluß auf länger als 1 Jahr: Schriftform).	Formlos.	Bei einem Jahreszinse von mehr als 150 Mk. Schriftform. I, 21 §§ 267 ff.
Ist die Miete dinglicher oder obligatorischer Natur? S. 464.	Obligatorischer Natur; nicht eintragungsfähig.	Ebenso.	Nach Übergabe oder Eintragung dinglicher Natur. ALR. I, 21 §§ 2, 5, EEG. § 12.
§ 571. **Gilt der Satz: Kauf bricht Miete?** S. 496 ff.	a. Bei Veräußerung des Grundstücks (bzgl. bewegl. Sachen vgl. § 986) nach der Überlassung: nein (vgl. aber ZwVG. § 57 u. Enteign.Ges. § 45). b. Bei Veräußerung vor der Überlassung: ja.	Ja.	a. Bei Veräußerung nach der Übergabe: nein (vgl. jedoch Pr. ZwVG. § 22 Abs. 3). b. Bei Veräußerung vor der Übergabe: ja, außer wenn der Erwerber den Mietvertrag kannte (Recht zur Sache!). I, 21 §§ 350 ff.

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
§ 585.			
Pfandrecht des Verpächters. S. 508.	An den eingebrachten Sachen und den Früchten.	Nur an den Früchten.	Wie nach BGB. I, 21 § 395.
Darlehnsfähigkeit:			Abhängig vom Konsens:
a. volljähriger Hauskinder;	a. Unbeschränkt.	a. S. C. Macedonianum.	a. des Vaters;
b. volljähriger Subalternoffiziere. S. 526 ff.	b. Unbeschränkt.	b. Unbeschränkt.	b. des Kommandeurs. II, 2 §§ 166 ff.; I, 11 §§ 678 ff.
§ 651.			
Behandlung des Werklieferungsvertrags. S. 622.	Bei Herstellung vertretbarer Sachen als Kauf, sonst zum Teil als Werkvertrag.	Als Kauf.	Als Werkvertrag. I, 11 §§ 926, 956, 976.
§ 656.			
Ehemäklerlohn. S. 658.	Unklagbar.	Klagbar.	Klagbar.
Zurückbehaltung und Aufrechnung gegenüber der actio depositi? S. 684.	Ja.	Nein.	Zurückbehaltung: ja (I, 14 § 77); Aufrechnung: nein (I, 16 §§ 363 f.).
§§ 705 ff.			
Regelung des Gesellschaftsrechts. S. 698.	Gesamthandprinzip.	Individualprinzip.	Gesamthandprinzip. I, 17 §§ 198, 263, 268.
§ 722.			
Verteilung von Gewinn und Verlust. S. 705.	Nach Kopfteilen.	Nach Kopfteilen.	Nach der Höhe der Beiträge. I, 17 § 251.

Digitized by Google

Paragraph des BGB.	BGB.	Gemeines Recht	ALR.
§ 762. **Wette.** S. 780.	Unklagbar.	Klagbar.	Nur klagbar, wenn Wettbetrag hinterlegt. I, 11 § 579.
§ 780. **Abstraktes Schuldversprechen.** S. 839.	In Schriftform verbindlich.	Zulässigkeit bestritten.	Unverbindlich.

Digitized by Google

Register.

A.

Abandon 799[10]
Ablader 640
Ablieferungsort 88
Abmusterung 573
Abnahme der Leistung 263[3], (Werkvertrag) 616[4]
Abnahmeort 88[9]
Abnahmepflicht 405
Abrechnung 291
Abrechnungsstelle 293[33]
Absicht 111
Abstrafte Rechtsgeschäfte **179**, 839
Abtretung 304
Abzahlungsgeschäfte 30[8], **284**[5], 394[12]
Acceptilatio 181[3], 240[2], 261[16], **298**
Accessorische Rechte (Abtretung) 315[1], 327, (Bürgschaft) 818, (Vertragsstrafe) 224, (Zinsen) 37
Accessorisches Kommodum 125
Accommandita 722[5]
Actio ad exhibendum 903
  arbitraria 903[2]
  auctoritatis 404
  communi dividundo 770[1]
  constitutoria 245[3]
  contra judicem qui litem suam facit 929
  contraria, directa 207
  de aestimato 624[10]
  de effusis vel dejectis 929
  de eo quod certo loco 91
  de in rem verso 910, **918**[12]
  de pastu 929
  de pauperie 929
Actio depensi 821[2]
  depositi 681
  de positis vel suspensis 929
  de servo corrupto 927[5]
  doli 928
  familiae erciscundae 770[1]
  finium regundorum 770[1]
  funeraria 677[2]
  furti 926
  injuriarum 67, 928
  legis Aquiliae 927
  mandati 670
  negotiorum gestorum 677
  praescriptis verbis 194
  quanti minoris 411
  quod metus causa 929
  recepticia 823[2]
  redhibitoria 410
  Serviana 485
  vi bonorum raptorum 927
Actiones ex delicto 923[1]
  mixtae 923[1]
  poenales 923[1]
  rei persecutoriae 923[1]
  vindictam spirantes 923[1]
Adäquate Verursachung 56
Adilizische Klagen 409
Adjudicatio 774
Adpromissor 184[6]
Adstipulator 183[6], **256**, 927[5]
Aes alienum 2[2]
Aestimatio 624[10]
  taxationis causa (Pacht) 511, (Gesellschaft) 702
  venditionis causa (Pacht) 512, (Gesellschaft) 702
Affektionsinteresse 65
Afterbürgschaft 819
Aftervermietung 315[2], **481**
AG. = Aktiengesellschaft 724

Digitized by Google

AG. = Preußisches Ausführungsgesetz
Agenten 569, (Auswanderung) 647
Agrimensor 549[2]
AKG. = Kommanditgesellschaft auf Aktien 746
Akkord 836
Akkordarbeit 551
Akkordbürgschaft 819
Aktiengesellschaft 724
Aktienbuch 895
Aktionärfraktionen 738[12]
Akzeptationstheorie 218
À la baisse, à la hausse 811
Alea 378, 781
Aleatorische Verträge 776[1]
Alimentenvertrag 350[8]
Aliud pro alio 252
Aleonge 888[2]
Alteri stipulari nemo potest 183[6], **206**[11], 217
Alternative Inhaberklausel 865
Alternativobligation 20
Amortisation 263[17], (Aktien) 743, (Anleihe) 543, (Wertpapiere) 879, 882, 893, 895[10]
Amortisationszahlung 42
Amt 592[4]
Amtsdelikte 602, 936
Amtsverschwiegenheit 601
Anatozismus 48
Andienen des Schadens 799
Angebrachter Maßen 210
Angeld 223
Animus donandi 443
Animus novandi 244
Anleihe 541
Anmusterung 573
Annahme an Zahlungsstatt 252
Annahmeverzug 149
Anrechnung 258
Anstandspflicht **172**, 459, 914[8]
Anstellung 594
Anstifter 945
Antizipation 51[19]
Anwachsungstheorie 218
Anweisung 846
Anweisung ist keine Zahlung 848
Apocha 185[8], **261**[16]
Apports und Übernahmen 731
Approbatio 616
Arbeiterschutzkonferenz 576
Arbeitsbuch 577
Arbeitsordnung 583
Arbeits- und Dienstlohn 321[8]
Arbitrage 812
Arbitrator 205
Arbitrium boni viri 203
Argentarii socii 360[2]
Argentarius (Aufrechnung) 271, (receptum) 822[3]
Arrestatorium 310[11]
Arrha confirmatoria 221
constitutiva 222
poenalis 222
poenitentialis 222
Assignation 846
Aufgabemakler 807[7]
Aufgabe vorbehalten 6[7], **661**[1], 807[7]
Aufgebot (Inhaberpapiere) 879 (Orderpapiere) 893
Aufgebotsverfahren 263[17]
Auflage 454
Auflauf 941[6]
Aufmachung der Dispache 645
Aufrechnung 271
Aufrechnungsvertrag 291
Aufruhr 941[6]
Aufsichtsbeamte 581
Aufsichtspflicht 938
Aufsichtsrat (AG.) 736, (EG.) 765
Auftrag 665
Auftragslose Geschäftsführung 674
Augen für Geld 411, **413**[3]
Auskunftserteilung 75, **668**[4], 935
Ausländer (Grundstückserwerb) 387
Auslobung 176, **662**
Ausnutzungsverträge 376[4]
Ausscheidungstheorie 18
Außereheliche Beiwohnung 935
Außerkontraktliches Verschulden 937
Außerkurssetzung 877

Digitized by Google

Außerordentlicher Wert 65
Aussetzung des Verfahrens 924[2]
Ausspielvertrag 784
Auswanderungswesen **646**, 729[10]
Aval 826[7], **886**
Aversum 651[10]

B.

Bahnpfandschulden 545[5]
Bähr, Otto 187[9], 841
Bail à cheptel 511[6]
Baissiers 811
Bankverwahrungsgeschäft 687
Barata 523
Barattohandel 439
Barkauf 406[2]
Baugeld 532[2]
Bauhandwerker 618
Baurhederei 751
Bauzinsen **41**, 734
B. = Brief 807[6]
Beamte 589
Beamtendelikte 590[2], **936**
Beamtenhaftung 936
Beförderungsgeschäfte 632
Befrachter 640
Begebungstheorie 867
Begründungsort 82
Beherbergungsvertrag 692
Beilaß 510
Beneficium cedendarum actionum 312[13], **367**, 832, 834
competentiae 104[12], **158**
divisionis **368**[9], 832
excussionis personalis 353[2], 830
excussionis realis 831
Benefizialerbe 161
Bereicherungsanspruch 920
Bergleute 583
Bergung und Hülfeleistung in Seenot 574
Berner Vertrag 115[4]
Berufsbeamte 593
Beschlagnahme 906[7]
Besserungsscheine 95[5]
Bestätigung (Kommunalbeamte) 597[5]
Bestimmbarkeit der Leistung 201
Bestimmungsort 88[9]
Betagung 97
Betriebsgeheimnisse 905[6], 931
Beweiserhebungstheorie 284[20]
Beweislast
Bürgschaft 828
Erlöschen 243
Gegenseitige Verträge 209[1]
Kauf auf Probe 432
Kauf nach Probe 431
Mängel der Kaufsache 415[14]
Rücktritt 235
Schenkung 444
Unerlaubte Handlungen 938
Ungerechtfertigte Bereicherung 914
Unmöglichkeit 109
Vertragsstrafe 231
Vertretungspflicht 131
Beweiswürdigung, freie 54[3], 73
Bewußtlosigkeit 940
Bezugsrecht 742
BG. = Börsengef. v. 22. 6. 96 803
Bielbrief 540
Bilanz 704[4]
Billiges Ermessen 203
Binnenschiffahrt 575
Blankocession 308
Blankoindossament 307[8], **888**
Blankotradition 993[7]
Bodmerei 50[18], 161, **538**
Bona fides 34[1]
Bonität 329
Bonorum emptor 272
Börsengeschäfte 811
Börsenpreis 631, 806
Börsenregister 790, **810**
Börsenschiedsgericht 808
Börsensteuer 811[10]
Börsentermingeschäft **790**, 810,
Börsenusancen 806
Börsenwesen 801
Bösliche Handlungsweise **114**[4], 639[5], 741
Briefgeheimnis 649, 905[6]
Briefhypothek 307[8]
Briefmarke 651, 884[41]

Digitized by Google

Bringschuld 89
BSchG. = Binnenschiffahrtsges. v. 15. 6. 95 575
Buchforderungen 878
Buchhypothek 307[8]
Bundesrat 596[6]
Bürgerliche Ehrenrechte 579, 597
Bürgschaft 816
Buße 67, 925.

C.
(siehe auch K. und Z.)
Carpzovsche Berechnung 100[10]
Carta 856
Cash down 100[9]
Casum sentit dominus 52
Casus 117
a nullo praestantur 52
merus, mixtus 56, **125**
Causa (Schuldgrund) 179, **840**, 908, (Ursache) 54
futura, praeterita 910
cessionis 305
Cautio discreta, indiscreta 182
Certioratio 302
Cessat S. C. 527
Cessio ad potentiorem 324[10]
in securitatem 305[6]
legis 311
necessaria 309
voluntaria 304
Cession 299
Chartepartie 641
Chartervertrag 641
Check 524, **858**
Chikane 935[4]
Chirographarische Forderungen 166[5]
Civilbeamte 593
Cif 89[10]
Clausula rebus sic stantibus **213**, 532
Clearinghouse 293[88]
Codex accepti et expensi 190
Colonia partiaria 504[1]
Colonus 461[2]
Commenda 721[5]
Commis intéressé **552**[2], 697
Commodatum 192, 513
Commodum ejus esse debet, cujus periculum est 125
Commodum repraesentationis 100
Communio 769
Communio incidens 769
Compensatio 271
compensationis non datur 289
ex jure tertii 274
Compensatio in actu, potentia 283[19]
lucri cum damno 70
Concursus duarum causarum lucrativarum 242[4]
Condictio 910[1]
causa data causa non secuta 915
causa finita 912
certi, incerti **189**, 519[2]
de bene depensis 522
furtiva 927
indebiti 912
Juventiana 523
mutui 533
ob causam datorum 915
futuram 910
praeteritam 910
ob injustam causam 916
ob rem 915
ob turpem causam 916
possessionis 911[3]
sine causa 910
triticaria 189, **519**[1]
Conducere 461[2]
Confusio 241
Constitutum debiti alieni 822
proprii 196, **244**[3], 371[4]
Contractus 180
aestimatorius 624[10]
bilaterales 164
emphyteuticarius 195
mohatrae 523
socidae 512[6]
suffragii 549[2]
Contrarius actus 240[2]

Digitized by Google

Contrectatio 926
Correi credendi, stipulandi 354
Creditor 3
Culpa 110
in abstracto 113
in concreto 113
in contrahendo 199
in custodiendo 124
in eligendo 124
lata 114
levis 114
Custodia 115

D.

Damnum circa, extra rem 53
emergens 63
Danaergeschenk 444
Dare **12**, 28[2]
Darlehen 519
Darlehnsschuldschein 537
Datio in solutum 252
Debit 652
Debitor 3
Defloration **68**, 319[6], 928[6], 935
Degustatio 433[2]
Delegation 188[10], **248**
Delikt 8, 923
Delkredere 330, (Kommissionär) 628
Denuntiatio **302**, 331
Deport 816[11]
Depositio 264
Depositum 192, **679**
Depositum irregulare 521[5], **685**
Depositum miserabile 682[2]
Depotgesetz 687
Depotschein 690
Dereliktion 153, 267[7]
Dette flottante 541[8]
Dicta et promissa 409
Diebstahl 926
Diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore 99[8]
Diensteid 593
Dienstverschaffungsvertrag 551
Dienstvertrag 546
Dies cedit, venit 92
Dies interpellat pro homine 141
Differenzgeschäft 788
Diligens pater familias 113
Diligentia quam suis 116
Dinglicher Vertrag 176
Diskontierung 100[10]
Diskonto 100
Dispache 645
Dispositivurkunden 856
Distanzgeschäft 89
Distanzsendung 88
Dividende 41, (AG.) 734, (Versicherung) 794
Dolus 110
determinatus 111
eventualis 111
Domizilwechsel 84[5]
Donatio inter virum et uxorem 459[30]
mortis causa 460
sub modo 219[4], **455**
Dont 813
Doppelmandat 846[1]
Doppelversicherung 794
Dotis dictio 181[1]
Do, ut des, facias 194
Do, ut reddas aut rem aut aestimationem 624[10]
Draufgabe 221
Dritter 274, **339**
Droit de suite 630
Dünger 510
Duplae stipulatio 404

E.

Ecart 813
Edictum de pretiis rerum venalium 384[10]
Editionspflicht 904
Effekten 806, **863**[10]
Effektivgeschäfte 788
EG. = Eingetragene Genossenschaft 761
Ehre 931
Ehrenannahme 81[8]
Ehrenzahlung 81[8]
Eigentum (Übergang) 391

Digitized by Google

Eigentümerhypothek 2[3]
Eigentumsvorbehalt 394
Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul 453[12]
Eingebrachte Sachen 484
Einheitstheorie 356
Einlager 224[1]
Einrede des nicht erfüllten Vertrags 208.
der Vorausklage 830
Einsichtsrecht 906
Einsturz 939
Eisenbahnfrachtgeschäft 639
Eisern Vieh stirbt nie 512[6]
Eisernviehvertrag 511[6]
Elsaß-Lothringen (Beamte) 591[3]
Embargo 644
Emission 542
Emissionshäuser 115[4], **733**, 809
Emissionstheorie 867[4]
Empfehlung 668
Emptio rei speratae 378
spei 378
venditio 195, **375**[3]
Entgangener Gewinn 63
Entreprise 614
Entstehungszeit 92
Entwehrung 397
Epistola Hadriani 822, **832**
Erbschaftsvertrag 202[5]
Erfüllung 239, **252**
Erfüllungshalber, an Erfüllungsstatt 244, **254**[6], 848[3]
ort 83
surrogate 239
theorie 18
übernahme 219[3], **339**
versprechen **244**, 371[4]
vertrag 258[9]
zeit 93
ERG.-Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen
Erlaß 296
Erlaubte Privatgesellschaft 696[4]
Ernennung 594[5]
Erneuerungsschein 883[37]
Ersatzleistung 63
Ersatzpapier 878
Ersitzung 11[4]
Es sei denn 145[12]
Eventualaufrechnung 283[20]
Eviktion (Kauf) 397, (Miete) 472
Exceptio doli generalis 36
evictionis imminentis 399[4]
non adimpleti contractus 210
non numeratae pecuniae 185
non rite adimpleti contractus 212
plurium litisconsortium 364[10], 372, 706[6]
S. C. Macedoniani **526**, 828[4]
S. C. Vellejani 818
Exekutionsklausel 585
Exhibere 903
Exkulpierungspflicht 109, 131, 938
Exmission 478
Expensilatio 190
Expromission 188[10], **248**
Ex re actio venit 10

F.

Fabrik 582[5]
Fabrikarbeiter 582
Facere **12**, 29[2]
Facultas alternativa 20
dandi 106[1]
Fahrlässigkeit 113
grobe 114
Fälligkeit 93, (Aufrechnung) 279
Fautfracht 643
Feldinventar 508
Feldmesser 548[2]
Festschreibung 534[4]
Feuerversicherung 795
Fideiussio 821
indemnitatis 819[3]
Fideiussor fideiussoris 819
Fidepromissio 821
Fiduziarische Abtretung 305[6]
Firma (Fortführung) 351[3]
Firma (AG.) 725, (EG.) 763, (G. m. b. H.) 755, (KG.) 722[6], (OHG.) 719
Fiskus, Haftung für Beamte 59

Digitized by Google

Fixgeschäfte 72[20], 102, 144[10], **235**, 812
FlG. = Flößereigesetz vom 15. Juni 1895 575
Flößerei 646
Flußfrachtgeschäft 645
Foenus nauticum 538
Folgerecht 168
Fondsbörse 806
Forderungsübergang 299
Form (Miete) 462, (Pacht) 505[8], (Schenkung) 447
Formula Octaviana 929
Fortbildungsschule 578
Fortune de mer, terre 573, (Rhederei) 752
Forum contractus 83
delicti commissi 83, 932[2]
solutionis 83
Frachtbrief 636
Frachtführer 636
Frachtgeschäft 220[4], **636**
Franchise 800[11]
Franko 89[10]
Frei laut Aversum 651[10]
Frist 94
Früchte auf dem Halm 379[7]
Fundus 510
Fundus optimus maximusque 399[5]
Furtum 926
manifestum 926
possessionis 926
rei 926
usus 926
Fusion 745

G.

G. = Geld 807[6]
Garantie 120, 198[2]
Garantiefrist 616
Garantiefunktion des Indossaments 308[8], **892**[7]
Garantievertrag 330
Gastwirt 130, **693**
Gattungskauf 424
Gattungsschuld 13
Gefahr 17, 125
Distanzgeschäfte 391[7]
Kauf auf Probe 432
Kauf, Miete 18[7], 22[8], **126**, 214[4], 388
Pacht 511
Werkvertrag 619
Gefährliche Abreden 731
Gefälligkeitsaccept 366[13]
Gegenseitiger Vertrag 207
Gegenseitigkeit, Aufrechnung 274
Zurückbehaltungsrecht 163
Gegenseitigkeitsversicherung 794
Gehalt 604
Gehaltsabzugsverfahren 322[8]
Gehülfen 127[8], 578[3], 945
Geld 381
Geldentschädigung 64
Geldrente 943
Geldschuld 89
Gelegenheitsgesellschaft 714[1]
Geleitsvertrag 791[1]
Gemeiner Wert 65
Gemeinschaft 769, (nach Bruchteilen) 771
Gemeinschaftliche Urkunden 907
Gemischt-generische Obligationen 14[2]
Generalmoratorium 104
Generalquittung 188[10]
Generalversammlung (AG.) 737, (AKG.) 747, (EG.) 765
Genus 13
Genus perire non censetur 17
Geringstes Gebot 349[7]
Gesamte Hand 354, (Gesellschaft) 699
Gesamtforderung 368
Gesamtgläubiger 369
Gesamtpreis 423
Gesamtschuld 360
Geschäftsführung 674
Geschäftsgeheimnisse **905**[6], 934
Gesellenprüfung 581
Gesellschaft 695
Gesellschaft mit beschränkter Haftung 753
Gesellschaftsvermögen 698

Digitized by Google

Gesetzliche Vorkaufsrechte 436[5]
Gesinde 584
GesO. = Gesindeordnung vom 8. 11. 1810 586
Gewagte Verträge 777[1]
Gewährfristen 425
Gewährleistung, Kauf (Rechtsmängel)404, (Sachmängel)408, (Schenkung) 454
Gewerbegebrauch 579[4]
Gewerbegerichte 583
Gewerbeinspektoren 578
Gewinn, entgangener 63
Giro 307[8]
Giroeffektenverkehr 689[5]
Girokonto 294[88]
Gläubiger 3
Gläubigerverzug 149
Gleichartigkeit, Aufrechnung 278
Zurückbehaltung 163
G. m. b. H. = Gesellschaft mit beschränkter Haftung 753
Gnadenquartal 606
Großaventurei 539
Große Haverei 644
Grundbuch (Einsicht) 906[8]
Gründerbericht 732
Gründergewinn 728
Gründerjahre 725[7]
Grundkapital (AG.) 727, 741, 742
Grundstücksübertragung 345
Gründung 726
Guter Glaube 34[1]
Güterrechtsregister 906[8]
Gute Sitten 935
Gutsübernahme 219[8]

H.

Haftung (Gesellschaft) 717
Handakten 164[4]
Handelsbücher 189[18], (Vorlegung) 907
Handelsgeschäfte 564[4]
Handelsgeschäft (Übernahme) 351[8]
Handelskauf 428
Handelsmäkler 659
Handelsregister 906[8]
Handgeld 221
Handgeschenk 450
Handkauf 406[8]
Handlungsagenten 569
Handlungsbevollmächtigte 564[8]
Handlungsgehülfen 563
Handlungslehrlinge 567
Hauptbau 472[5], **494**[4]
Hauptmängel 425
Hauskinder 171[8], (Darlehnsfähigkeit) 526
Häusliche Gemeinschaft **549**, 557[8], 585
Hausoffizianten 585[2]
Hausordnung 480[7]
Haverei 644
Heimatshafen 572
Heimstättenbewegung 160[4]
Heiratsvermittelung 658
Herstellungsvertrag 376[4]
Heuer 573, 795[6]
Heuer geht vor Kauf 465, **497**
Heuergeschäft 785[1]
Hingabe an Zahlungsstatt 252
Hinkende Inhaberpapiere 901
Orderpapiere 895
Wertpapiere 899
Hinterleger 679
Hinterlegung 263
Hinterlegungsstellen 268[8]
Hofbeamte 590
Hoffmannsche Berechnung 101[10]
Höhere Gewalt 117
Holschuld 89
Honorarium 549[2]
Hülfeleistung in Seenot 574
Hypothek (Abtretung) 307[8], (Verpfändung) 306[7]
Hypothekenbanken **545**[5], 729[10]
Hypothetische Unmöglichkeit 200

I.

Illoyale Handlungen 935
Imaginärer Gewinn 63, 794[5]
Immaterieller Schaden 51, 66, 942

Digitized by Google

Impossibilium nulla obligatio 105
In diem addictio 236
Individualprinzip (Gesellschaft) 698
Individualrecht **372**, 772
Indossament 307[3], **887**
Inhaberpapiere 3[3], **864**, (mit Prämie) 544, **870**
Inhaberzeichen 883
Inhibitorium 310[11]
Injuria 928
Inkassocession 305[6]
Inkassomandat 847
Innominatkontrakte 194
In pari turpitudine melior est causa possidentis 916
Insinuation 448[8]
Interzession 339, **817**
Interdictum de migrando 485
de precario 514[2]
de liberis exhibendis 904[3]
de tabulis exhibendis 904
de uxore exhibenda 904[3]
Salvianum 485
Interesse 63
Interimsscheine **725**, 894
Interpellatio 138
Interusurium 100
Intervention (Wechsel) 81[5], (Schuldübernahme) 817
Invecta et illata (Miete) 484, (Pacht) 508
Inventar 510
Ipso jure compensatur 283
Ipso jure, ope exceptionis 242
Jugendliche Arbeiter 583[6]
Junge Aktien 742
Jurata operarum promissio 181[1]
Juris vinculum 4[5], **5**
Juristische Person (Grundstückserwerb) 386[2], (Schenkung) 447[7]
Jus ad rem 12[2], **178**, 464[5]
Jusjurandum in litem 73
Zenonianum 73
Jus poenitendi 194
protimiseos 436
Jus tollendi 74[33], 474
Justa causa 908
Juxta facultates hereditatis 924[1]

K.

Kaduzierungsverfahren 734
Kanalvorlage 601[15]
Kargoversicherung 795[6]
Kasernierung der Prostitution 479[6]
Kaskoversicherung 795[6]
Kassageschäfte 812
Kassation 608
Kassatorische Klausel 233
Kauf 374
auf Probe 431
in Bausch und Bogen 389[5], **393**[7], **430**[1]
nach Probe 430
per aversionem 389[5], **393**[7], 430[1]
zur Probe 430[1]
Kauf bricht Miete 464, **496**
Kausalnexus 53
Kennen und Kennenmüssen 128
KG. = Kommanditgesellschaft 722
Kindskauf 438
Klageabweisungstheorie 284[20]
Klagenkonkurrenz 355[4]
Klageort 90
Klassen (Beamte) 603[17]
Klassenlotterie 785[1]
Kleinaktien 726
Koalitionsfreiheit 576[2]
Kollisionsklausel 834
Kommanditgesellschaft 722
auf Aktien 746
Kommanditwechsel 3[3]
Kommissionsgeschäft 625
Kommissorium 605[19]
Kommittent 625
Kommodat 513
Kommunalbeamte 590, **597**
Kompensation 271
Kompetenz 159[8], 443[4], 452[11]
Komplementare 722
Kondiktion 910

Digitized by Google

Konflikt **602**, 936
Konfusion 241
Konkurrenzklausel 567
Konkurrenzverbot (Handlungsgehülfe) 564, (OHG.) 719
Konkursprivilegien 328
Konnexität, Aufrechnung 280[15]
Gegenseitige Verträge 208
Zurückbehaltungsrecht 163
Konnossement **641**, 887
Konsensualkontrakte 195
Konsolidation 544
Konsols 544
Konsumvereine 764[24]
Kontantgeschäfte 812
Kontokurrent 50, **291**
Kontrahieren mit sich selbst 630
Konversion 298[3], (Aktie) 743, (Anleihe) 544
Konzessionssystem 724[7]
Korporationspapiere 863
Korrealobligation 354
Korrespondentreder 751
Kostenanschlag 621
Kosten der Hinterlegung 271
der Quittung 262
Kostgeschäft 816
Kreationstheorie 866
Kreditauftrag 825
Kreditbrief 825[6]
Krediteröffnungsvertrag 824
Kreditgefährdung 934
Kreditgeschäfte **3**[4], 525
Kulpakompensation 60
Kumulation 340, 354[3], (der Strafen) 923[1]
Kündigung (Darlehen) 534, (Dienstvertrag) 559, (Gesellschaft) 708, (Gesindedienst) 587, (Gewerbe) 579, (Handlungsgehülfen) 566, (Leihe) 518, (Miete) 492, (Pacht) 506, (Werkvertrag) 621
Kursmakler **660**, 807

L.

Ladeschein 220[3], **636**, 887
Ladezeit 642
Laesio enormis 383[12]
Lagergeschäft 690
Lagerschein **691**, 887
Landfrachtgeschäft 636
Landgut (Pacht) 509
Landwirtschaftliche Grundstücke 507
Lebensversicherung 219[3], **796**
Leges de sponsu 821[2]
Legitimationsfunktion 891[7]
Legitimationspapiere 899
Lehrlinge 579
Leibgut schwindet Hauptgut 777[2]
Leibnizsche Berechnung 101[10]
Leibrente 776
Leihe 513
Leistungsort 83
Leistungszeit 93
Lex Anastasiana 337[16]
Apuleja 821[2]
Aquilia 71, 183[6]
Arons 592
Cicereja 821[2]
Cincia 448[5]
commissoria 102, **233**
Cornelia 821[2]
frater a fratre 171[3]
Furia de sponsu 821[2]
Heinze 479[6]
interpellat pro homine 140
lecta 138[2], 182[5]
Publilia 821[2]
Rhodia de jactu 645[7]
Lieferungstheorie 18
Lieferungsvertrag 376[4]
Lietlohn 588
Limitum 627
Liquidation 710
Liquidationskurs 807[6]
Liquidität (Zurückbehaltungsrecht) 163, (Aufrechnung) 280
Lis infitiando crescit in duplum 914[5]
Litteralkontrakt 189
Locatio conductio 195, **460**
irregularis 513[7], **622**[9]
operarum 461

Digitized by Google

Locatio operis 461, **611**
rei 461
Lohnarreſtgeſetz 321[8]
Lohnſtreiks 576[2]
Lombardieren 101[10]
Löſchungsfähige Quittung 260[18]
Lotterie 377[5], **784**
Lotteriegeſetze 787[8]
Lotto 785[1]
Löwenanteil 697[5]
Lucrum cessans 63
Luxuria 114[4]

M.

Macĕdo 526[1]
Machtſtreiks 576[2]
Mahnung 138
Maklerkammer 607
Mäklervertrag 655
Mandatum 195, **665**
ad agendum in rem suam 300
aliena, mea, tua gratia 668[4]
praesumtum 669
qualificatum 824
Mängel der Kaufſache 408
Manifeſtationseid 76
Manus mortua 447
Marktpreis 631
Medio 95[4]
Mehrheitstheorie 357
Mehrheit von Gläubigern 368
von Schuldnern 359
Meiſtertitel 581
Meiſtgebot (Abtretung) 315[2]
Melior est condicio prohibentis 772
Melius est favere repetitioni quam adventicio lucro 922
Merx 375
Meß- und Marktſachen 83[2]
Metus 928
Meuterei 574
Miete 460
Mietsthaler 223[5], **586**
Milchpachtvertrag 376[4]
Militärbeamte 594
Minderungsklage (Kauf) 419, (Werkvertrag) 614
Minoritätsrechte 738[12]
Mitreder 751
Mittelbare Reichsbeamte 591
Mittelbarer Schaden 53
Mittelbare Staatsbeamte 590
Möglichkeit der Leiſtung 197
Monopol der Eiſenbahn 640
Montes 724[7]
Mora accipiendi 149
creditoris 149
debitoris 138
ex re fit 140
solvendi 138
Mortalitätstabellen 798
Morte Cincia removetur 448[6]
Mortifikationsſchein 262, **898**[2]
Mortis causa donatio 460
Mortuus redhibetur 418
Multiplikation der Schulden 354[8]
Muſterrolle 573

N.

Nachbürgſchaft 819
Nachgründung 732
Nachſchüſſe (G. m. b. H.) 757, (Verſicherung) 794
Nachſicht-Wechſel 857[2]
Namensaktie 726
Narbengeld 68
Naturalobligationen **169**, 782
Naturalreſtitution 63
Natürliche Verbindlichkeiten 169, 782
Nautae, caupones, stabularii 692
Nebenämter 599
Nebenklage 68[21]
Nebenpapiere 866, **881**
Nebenrechte (Abtretung) 326, (Schuldübernahme) 344
Negative Orderklauſel 886
Negativer Anerkennungsvertrag **296**, 845
Negatives Vertragsintereſſe 199
Negotiorum gestio 674

Digitized by Google

Negotium mixtum cum donatione 457
utiliter coeptum 679[5]
Negoziation 542
Nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet 338
subrogat contra se 834
Nexi liberatio 240[2]
Nochgeschäft 815
Nomen **2**[2], 190
arcarium 191[14]
bonum, verum esse 329
transscripticium 191
Nomina ipso jure sunt divisa **362**, 369[1], 771[2]
Normativbestimmungen 725[7]
Notadresse 81[2]
Notbedarf 158
Notbodmerei 539
Notgewerbegesetz 576[1]
Notitia 856
Notleidender Wechsel 81[2]
Notwendige Streitgenossenschaft 363[10]
Novation 188, **243**
Numeratio 239[1]
Nummernlotterie 785[1]
Nützliche Verwendung 918[12]

O.

Objektive Mora 138[1]
Unmöglichkeit 106
Obligatio 2[2]
civilis, naturalis 169
Offenbarungseid 76
Offene Handelsgesellschaft 718
Offene Rechnung 292[31]
Öffentlicher Glaube (Skripturobligation) 859[6]
Öffentliche Kassen 90[12]
Öffentliche Versteigerung 387, (Gewährleistung) 413
Offiziere (Darlehnsfähigkeit) 529
OHG. = Offene Handelsgesellschaft 718
Ohne Obligo 892[7]
Ohne Protest 892[7]
Operae illiberales, liberales 548[2]
Orderkonnossement 642
Orderpapiere 3[2], **885**
Ornamenta 411[6]
Ort der Leistung 83
Ortsdifferenz 91

P.

P. = Papier 807[6]
Pacht 503
Pachtzinserlaß 504[1]
Pacta adjecta, legitima, nuda, praetoria, vestita 195
Pactum de contrahendo 433[4]
de hereditate tertii 202[5]
de mutuo dando 520
de non petendo 240[2], **298**
de non praestanda evictione 403
de retroemendo 433
de retrovendendo 433[3]
displicentiae 233
dotis 196
in favorem tertii 216
ne dolus praestetur **119**, 403
obstagii 224[1]
reservati dominii 394
Pari 726
Parier Order und thu Unrecht 626
Participatio 722[5]
Pecunia trajecticia 538
Pendenztheorie 872[14]
Pension 605
Peremtorische Einreden 913
Perfecta est emptio 385[1]
Periculum est emptoris 18[7], 22[3], 126, 214[4], **388**
creditoris 17
locatoris 18[7], 126, 214[4], **468**, 556
Perklusionsrecht 490
Perpetuatio obligationis 144
Personal des Kaufmanns 563[3]
Personenbeförderung 646

Digitized by Google

Personifikationstheorie 872[14]
Persönlichkeitsrechte 931
Perzeption 506
Pfändbare Rechte 320
Pfandbriefe 545[5]
Pfandhalter 545
Pfandleihgeschäft **42**[7], 46[12], 434
Pfandrecht, gesetzliches (Frachtführer) 639, (Gastwirt) 694, (Kommissionär) 629, (Spediteur) 635, (Vermieter) 484, (Verpächter) 507, (Werkvertrag) 618
Pfändung 320
Pfändungsprivilegien 160
verbote 160, **321**[8]
Pflichtteil 316[1]
Pfuschmakler 807[7]
Pignus 192
Gordianum 165[5]
Plus petitio 210, 272
Police 797
Pollicitatio 175
Pollizitationstheorie 663
Poenae non solent repeti 914[8]
Pönalklagen 923[1]
Porto 651
Post 647
anweisung 652
auftrag 652
nachnahme 652
regal 648[9]
taxgesetz 648[9]
Praescriptio 194
Praestare 12
Prämie (Anleihe) **544**, 785[1], (Bodmerei) 541, (Versicherung) 792
Prämienanleihe 544
Prämiengeschäfte 812
Präsentationspapiere 856[2]
Präsentationsrecht 597
Prävention 370
Precarium 513[2]
Preisausschreiben 665
Pretium 375
certum, justum, verum 382
Prinzen (Darlehnsfähigkeit) 529
Prioritäten 742[18]
Prioritätscession 316[1]
Privatdelikte 923[1]
Privatdiskont 101[10]
Privatstrafklagen 923[1]
Privilegia causae, personae 328
exigendi 328
Procurator in rem suam 301
Produktenbörse 806
Prokuraindossament, stilles 183[4], 891[7]
Prolongationsgeschäfte 816
Promessengeschäft 785[1]
Propermakler 807[7]
Prospekt 542
Prospektzwang 809
Protokollbuch 765
Provision (Agent) 570, (Kommissionär) 629, (Reisende) 552[2], (Spediteur) 635
Provocatio ex lege Si contendat 832
Proxeneticum 549[2], 655
Prozente 42[7]
Prozeßnovation 243[2]
Prozeßzinsen 45[11], 147[13]
Purgatio morae 148

Q.

Qualifizierte Gründung 731
Quantitäten 28[2]
Quasidelikte 9[3]
Quasikontrakte 8[2]
Quem volam, voluero 25[7]
Querela non numeratae pecuniae 185[8]
Qui delegat solvit 848[2]
Quittung 185[8], **260**
Quoad sortem, usum 701
Quod sine die debetur statim debetur 94[2]

R.

Raiffeisensche Darlehnskassen 761[22]
Rang (Beamte) 603
Rat 668

Digitized by Google

Ratenwechsel 94[4]
Ratenzahlung 29[8]
Ratihabitio mandato comparatur 679
RBG. = Reichsbeamtengesetz v. 31. 3. 73 589[1]
Realexekution 11[1], **156**
Realkauf 406[2]
Realkontrakt **192**, 520
Realoblation 150
Rebus sic stantibus **213**, 532
Receptum (argentarii) 245[3], **822**[3], (Beherbergung) 693
Rechenschaftsablegung 74
Rechnungslegung 74
Recht auf Wahrheit 384[13], 798
Rechtlose Bereicherung 908
Rechtsweg 610
Rechtswohlthat des Notbedarfs 158
Recht zur Sache 12[2], **178**, 464[5]
Refaktie 382[10]
Referendare 593
Regierungsassessor 598[10]
Regierungsreferendar 598[10]
Regreß auf Sicherstellung 81[3]
Regressus per gradum, saltum 330
Regula Catoniana 200
Reichsbankanteilscheine 895
Reichsbankbeamte 590
Reichsbankdiskont 101[10]
Reichsbeamte 591
Reichsschuldenordnung 542[3]
Reichstagsbeamte 590
Reines Schuldversprechen 841
Rektaindossament 308[3], 891[7]
Rektakonnossement 642
Rektapapier 861
Rektawechsel 891[7]
Relocatio tacita 493
Remboursregreß 50[17]
Rem habere licere praestare 398
Remissio mercedis 504[1]
Remuneratorische Schenkung 458
Renten 41
Rentenanleihen 543
Replica compensationis 289
Report 816
Reservefonds 739
Res extra commercium 200[4]
furtiva 377[5]
Residenzpflicht 599
Respekttage 104[14]
Respondentia 539
Retentionsrecht 162, (Vermieter) 490
Retraktrecht 436
Reugeld 222, 231
Reus 3[4]
Revalierungsklage 366[18], 851
RG. = Reichsgesetz
Rheder 572
Rhederei 750
Richter (Stellung) 593, (Haftung) 936
Right of stoppage 630
Rimesse 254[6]
Ring 384[12]
Ristorno 541, 801
RPG. = Reichspostgesetz v. 28. 10. 71 648
Rübenaktien 734
Rückbürgschaft 819
Rücken 491[6]
Rückfahrkarte 318[5]
Rückprämie 813
Rücktritt 232
Ruhegehalt 605

S.

Sachverständigenkommission 808
Salarium 549[2]
Saldo 49, 251, **291**
Sammeldepot 689[5]
Satisfactio 239[1]
Saufejus 623[9]
Schaden 51
Schadensersatz **51**, 930, 943
beim Verzug 146
Schadlosbürgschaft 819
Schatzanweisung 541[3]
Schätzungseid 73
Scheck 524, 653, **853**
Schenkung 440

Digitized by Google

Schenkung von Todeswegen 460
unter Auflage 219[8], **454**
unter Ehegatten 459
Schiedseidvertrag 839[8]
Schiedsvertrag 839[8]
Schiffer 571
Schiffsbesatzung 571[7]
Schiffseigner 575
Schiffsmannschaft 571
Schiffspart 751
Schlachttiere 425[8]
Schluß auf fest und offen 815
Schlußnote 661, 811
Schlußschein 386, **811**
Schmerzensgeld **68**, 319[6]
Schreiende Schenkung 444[4]
Schuldanerkenntnis 187[9], 842
Schuldbefreiungsvertrag 339
Schuldner 3
Schuldschein 537
Schuldübernahme 219[8], **339**
verhältnis 1
versprechen 187[9], 842
vertrag 174
Schuldverschreibung auf den Inhaber 864
Schulze-Delitzsch 761[28]
Schutzgebiete (Beamte) 591[8]
Schwebende Staatsschulden 541[8]
SC. Macedonianum 526
Vellejanum 818
Seeamt 571[7]
Seedarlehen 538
Seefahrtsbuch 573
Seefrachtgeschäft 640
Seemannsamt 573
Seenot 571
Seeschiffahrt 571
Seeversicherung 795[6]
Selbsteintritt (Kommissionär) 630
Selbsthülfe 162
Selbsthülfeverkauf 154, **267**[7]
Selbstschuldnerische Bürgschaft 826[1]
Semper moram fur facere videtur 140, 945
Sensale 659
Separation 506
Sequestratio 686
Servis 605[20]
Setzschiffer 572
Sicherheitscession 305[6]
Sichtwechsel 857[2]
Silo 691
Simplaria venditio 412[6]
Simulation (Abtretung) 336
Simultangründung 727
Sittliche Pflicht **171**, 459, 914
Sklave 170[2]
Skonto 100[9]
Skontration 293
Skripturobligation 859
SO. = Seemannsordnung v. 27. 12. 1872 571
Societas 195, **695**
negotiationis, omnium bonorum, quaestus 699
publicanorum 699[6]
Solidarobligation 356
Solidus 449[8]
Solutio 239[1]
Solutionis causa adjectus 256
Sonderdepot 689
Sonntagsruhe **577**, 633[2]
Sozialpolitische Pflichten (Dienstherr) 557, (Gesindedienst) 588, (Gewerbeunternehmer) 578, (Prinzipal) 565
Spannung 814
Sparkassenbücher 900
Sparkassenguthaben 450[10]
Species 13
Species perit ei, cui debetur 17
Spediteur 633
Sperrjahr 743
Spezialmoratorium 104
Spezifikationskauf 15[4]
Spiel 173, **779**
Spielschulden sind Ehrenschulden 782
Sponsio **182**, 820
Sprungregreß 330, **734**, 892[7]
Staatsangehörigkeit 598
Staatsanwälte 594, 596[7]
Staatsdiener 589
Staatsdienst 594

Digitized by Google

Staatskommissar (Börse) 805
Staatsschulden 541[5]
Staffelregreß 330, **734**
Stammaktien 726
Stammeinlage 755
Stammprioritäten 726
Statut (AG.) 727, (EG.) 763
Stellage 813
Stellvertretendes Kommodum 109, **125**, 215
Stellvertretung 220[4]
Sterblichkeitstafeln 798
Stichtag 72[30]
Stille Gesellschaft 748
Stilles Prokuraindossament 183[6], 891[7]
Stipulatio 181
Aquiliana **188**[10], 240[3]
debiti 185
ob causam 185
post mortem 217[3]
Stölzel, Eventualaufrechnung 284[20], Vorbehaltszahlung 914[7]
Strandrecht 575
Streitgenossenschaft 363[10]
Stückgüter 643
Stückgütervertrag 641
Stücklohn 551
Stundung 149
Stundungsvertrag **103**, 299
Subalternbeamte 593
Subjektive Mora 138[1]
Unmöglichkeit 106
Sublocatio 481
Subsidiäre Berechtigung, Verpflichtung 352[2]
Subskription 542
Substantialprinzip 508
Successio anticipata 438
Successivgründung 728[9], **730**
Summendepot 688
Summission 511
Surrogationsprinzip 109
Suspension 609
Synallagmatische Verträge 208
Syndikatsklage 611, 929, **936**

T.

Tacita intercessio 817
Tagebuch (Schiffer) 572
Tagelohn 551
Tägliches Geld 854[3]
Tank 691
Tantieme 552
Tara 382[10]
Taubstumme 940
Tausch 195, **439**
Taxen 383[11]
(Dienstvertrag) 553
(Verkehrsgewerbe) 633[2]
Teilabtretung 32[4]
Teilbare Leistung **27**, 359, 369
Teilbarkeit 27
Teilpacht 504[1]
Teilweise Unmöglichkeit 32
Teilzahlung 29[3], (Wechsel) 893[8]
Telegraphenwesen 653
Termin 94
Termingeschäfte 812
Tiere 941
Tontinensystem 778[3]
Tractator 721[5]
Traditionspapiere 862[9]
Transactio 835
Transitlager 690[3]
Transportgefahr 391[7]
Transportgeschäft 633
Transportfunktion des Indossaments 308[3], 891[7]
Transscriptio 191
Trassiert eigener Wechsel 3[3]
Tratte 852
Treusorgeschäft 687[3]
Treuhänder 545
Treu und Glauben 33
Trödelvertrag 194, **624**
Truckſystem 253[3], **578**
Trunkenheit 940

U.

Überliegezeit 642
Übernahme (AG.) 731
Übernahme der Hypothekenschulden 345

Digitized by Google

des Vermögens 350
eines Handelsgeschäfts 220[4].
Überversicherung 794 [**351**[5]
Überweisung 310[11]
Überwetten 782
Ultimo 95[4]
Ultimogeschäft 812
Ultra alterum tantum 48
Ultra posse nemo obligatur 105
Umschaffung 243
Umschreibung (Inhaberpapiere) 878
Umwandelung (ADG.) 747, (EG.) 769, (G. m. b. H.) 761
Umzugskosten 605
Unentgeltliche Verfügung 440, 922
Ungerechtfertigte Bereicherung 908
Union postale universelle 647
Unlauterer Wettbewerb 905[6]
Unmittelbare Reichsbeamte 591
Staatsbeamte 590
Unmöglichkeit der Leistung, ursprüngliche 197
nachfolgende 26, **105**
Unpfändbarkeit 320[7]
Unschuldig Verurteilte 59[5]
Unteilbarkeit der Leistung **27**, 359, 369
Unterbeamte 593
Unterbrechung der Verjährung 365[12]
Unterhaltsanspruch 943
Unterhaltsforderungen 322[8], 836[2]
Unternehmer (Auswanderung) 647, (Werkvertrag) 611
Untervermietung 481
Unübertragbarkeit 316
Unvollkommene Orderpapiere 894
Unzurechnungsfähigkeit 940
Urkundenedition 78[5], 904
Urlaub 599
Ursache 54
Urteilszinsen 44[11]
Usotara 382[10]
Usowechsel 94[4]
Ut ibi sint 484
Uti frui licere 506

V.

Vectigalia 505[2]
Veränderte Umstände **213**, 532
Veranlassungsprinzip **57**, 940
Verantwortlichkeit 57, 939
Veräußerungsbeschränkung 377[5]
Verbalkontrakt 181
Verbaloblation 150
Verbriefte Forderungen 306[7]
Vereinsregister 906[8]
Verfallklausel 838[5]
Verfolgungsrecht 630
Verfrachter 641
Verführung 935
Vergleich 835
Verität **329**, 399[7]
Verjährung (Gewährleistungsansprüche) 421, 428, (Kondiktion) 922, (Leihe) 518, (Spediteur) 635, (Unerlaubte Hdlg.) 947, (Viehhandel) 428
Verkehrssitte 36
Verklarung 572, 645
Vermögensschaden **51**, 942
übernahme 219[5], **350**
Vermögenswert der Leistung 205
Vermutete Vollmacht 669
Verpfändung der Forderungen 306[7]
Verschulden 110
Verschuldensprinzip **57**, 939
Versehen, geringes, grobes, mäßiges 114[4]
Versicherung für Rechnung, wen es angeht 6[7], 798
Versicherungsagenten 797
Versicherungswesen 791
Versio in rem 167[8], **918**[12]
Verstaatlichung 746
Versteigerung, öffentliche 387, 413
Vertragsstrafe 224
Vertragstheorie (Auslobung) 663, (Inhaberpapier) 866, (Staatsdienst) 594
Vertragstypen 374[1]
Vertrag zu Gunsten Dritter 216
Vertretbare Leistungen 156

Digitized by Google

Vertretbare Sachen (Lieferung) 625[1]
(Werkvertrag) 622
Vertretungspflicht 119
Verum rei pretium 65
Verwahrungsvertrag 679
Verwaltungsbeamte **593**, 598[10]
Verwaltungsvertrag 667[2]
Verwendung, nützliche 918[13]
Verwirkung der Vertragsstrafe 229
Verwirkungsklausel 233
Verzicht 296[1]
Verzug (Gläubiger) 149, (Schuldner) 138, (Mietzins) 477
Verzugszinsen 44[11], **146**, (Übergangszeit) 536[6]
Viehkauf 425
Viehverstellung 511[6]
Vinkulierte Namensaktien 308[8], **726**
Vis major 117
Vitalitienvertrag 350[6]
Vollindossament 307[8]
Vorausklage 830
Vorausverfügung (Miete) 500
Vorbehalt (des Eigentums) 394 (Zahlung) 914[7]
Vorkauf 436
Vorläufige Vollstreckbarkeit 58
Vorlegung 903
Vorlegungsfrist 876
Vorpfändung 310[11]
Vorprämie 813
Vorsatz 110
Vorstand (AG.) 735, (AnG.) 747, (EG.) 765
Vorstellungstheorie 110
Votum 175

W.

Wahlschuld 20
Wahrnehmung berechtigter Interessen 935
Wandelgeschäft 815
Wandelpön 222
Wandelungsklage 411, **417**
(Werkvertrag) 614
Ware 378
Warrant 692
Wartegeld 608[22]
Wechselbürgschaft 826[7]
Wechseldiskont 100[10]
Wechselhingabe noviert nicht 255[6]
Wechselintervention 81[3]
Wechselregreß 892[7]
Weltpostverein 647
Werklieferungsvertrag 622
Werkvertrag 611
Wert 65
Wertpapiere 855
Wertstempel 202[5], 314[1]
Wette 173, **779**
Wetten à coup sûr 782[6]
Widerklage 286
Widerlegung 722[5]
Wiederkauf 433
Willebrief 885
Willenstheorie 110
Winkelbörse 802
Witwen- und Waisengeld 606
WO. = Allgemeine deutsche Wechselordnung 886
Wohnort 84[5]
Wohnung 84[3]
Wohnungsentschädigung 605
Wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren 157
Wucher 46
Würderungseid 73
Würderungsklage 411

Z.

Zahlenlotterie 785[1]
Zahlung 239[1]
Zahlungssperre 880
Z. D. = zur Disposition 608[22]
Zeichenstellen 542
Zeichnungsschein 730
Zeit der Leistung 93
Zeitgeschäft 812
Zeitungsdebit 652

Digitized by Google

Zeugniß 567
Ziel 100[9]
Zinsen 37
Zinseszinsen 48
Zinsfuß 42[7]
Zollniederlage 690[8]
Zubuße 752
Zuchthausvorlage 576[2]
Züchtigungsrecht 586
Zufällige Gemeinschaft 769
Zufälliger Schade 63[12]
Zufall 117
Zug um Zug 208
Zukünftige Sachen 378
Zulassungsstelle 808
Zurechnungsfähigkeit 940
Zurückbehaltungsrecht 162
handelsrechtliches 168
Zusammenrottung 941[6]
Zustandsobligation 502[6]
Zwangsvollstreckung 155
Zwangsvergleich 829, 836
Zweck 112
Zweiprämiengeschäft 814
Zweischneidiges Prämiengeschäft 814
Zwischenspediteur 635
Zwischenzinsen 100

Druck von Herrosé & Ziemsen in Gräfenhainichen.

Digitized by Google

Digitized by Google

LANDSBERG SEAL

Digitized by Google

Von den über das **Heilfron**'sche Werk erschienenen Besprechungen erwähnen wir hier nur folgende:

Deutscher Reichsanzeiger und Königlich Preußischer Staatsanzeiger (Kammergerichtsrat Keyßner, Mitglied der Justiz-Prüfungskommission): Der Verfasser hat einsichtig für diejenigen gearbeitet, welche sich nicht nur mit flüchtigem Auswendiglernen, sondern mit Verständnis für die Prüfungen vorbereiten wollen. Weit hervorragend über die landläufigen Repetitorien kann das Buch als nutzbringend empfohlen werden und eine schnelle Fortsetzung wird erwünscht sein.

Archiv für bürgerliches Recht (Professor Dr. Oertmann-Berlin): Das Werk giebt fast durchgängig auf Grund des Standes der modernen Forschungen eine etwa in Form und Umfang eines Kollegheftes gehaltene klare und gefällige Übersicht.

Juristische Monatsschrift: Dieses Buch nimmt den richtigen Mittelstandpunkt zwischen Repetitorium und Lehrbuch ein und zeichnet sich vorzüglich in der Darstellung der Art und Weise der Rechtsentwickelung aus. Es dürfte unter den vorhandenen Werken ähnlichen Charakters entschieden das beste und brauchbarste und daher für den Zweck, für welchen es bestimmt, am meisten geeignet sein.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung sowie durch die Verlagsbuchhandlung.

Printed in Germany
Digitized by Google

Digitized by Google